2. d. 47

Digitized by Google

HUGONIS
DONELLI
OPERA OMNIA.

Digitized by Google

Digitized by Google

HUGONIS DONELLI

IURISCONSULTI

ET

ANTECESSORIS

OPERA OMNIA.

Tomus Nonus.

ET

COMMENTARIORUM

IN CODICEM

IUSTINIANI

Volumen Tertium.

Accedunt Castigationes Theologicæ.

LUCÆ MDCCLXVI.

Typis JOANNIS RICCOMINI.

CENSORUM PERMISSU.

Digitized by Google

E L E N C H U S

LEGUM OMNIUM CODICIS IUSTINIANI

IN HOC VOLUMINE EXPLICATARUM

Secundum Librorum, & Titulorum ſeriem diſpoſitus.

Lib. VI. Tit. 23. De teſtam. & quemad. teſtam. ord. 1.

L. 1. *Teſtes ſervi.* 9.
2. *Publicati.* 11.
3. *Ex imperfecto.* 15.
4. *Si in nomine.* 17.
5. *Neque profeſſio.* 19.
6. *Verbu.* 21.
7. *Errore.* ibid.
8. *Cuſus maioris.* 25.
9. *Si non.* ibid.
10. *Si teſtumentum.* ibid.
11. *Non idcirco.* 27.
12. *Si unus.* 29.
13. *Teſtandi.* 33.
14. *Non codicillum.* 37.
15. *Quoniam.* 39.
16. *Non dubium.* 41.
17. *Teſtumentum.* 45.
18. *Teſtamentu.* 47.
19. *Omnium.* 49.
20. *Nolumus.* 55.
21. *Hac conſultiſſima.* 57.
§. *Ex imperfecto.* 69.
Auth. *Quod ſine.* 73.
Auth. *Hoc inter.* 75.
§. *Per nuncupationem.* 77.
§. *Si quis autem.* 81.
Verſ. ult. Illud etiam. 87.
22. *Dictantibus.* ibid.
23. *Conſulsu.* 89.
24. *Ambiguitates.* 91.
25. *Præpoſteri.* 93.
26. *In teſtamentis.* 97.
27. *Sancimus.* 99.
28. *Cum antiquitus.* 101.
29. *Iubemus, cum Auth. ſeq.* 103.
Pen. Noſtram. 107.
Ult. Et ab. 109.

Tit. 24. De hered. inſtit. 111.

L. 1. *Qui deportantur.* 115.
2. *Pater tuus.* 123.
3. *Cum proponas.* 125.
6. *Si compenſandi.* 131.
7. *Nec apud.* 133.
8. *Collegium.* 135.
9. *Extraneum.* ibid.
10. *Neque.* 139.
11. *Extraneum.* 141.
12. *Hereditatis.* ibid.
Pen. Quoties. 143.
Ult. Cum in libris. 149.

Tit. 25. De Inſtitut. & ſubſtitut. 153.

L. 1. *Cum avum.* 157.
2. *Conditioni.* 165.
3. *Si mater.* 169.
4. *Si pater.* 173.
5. *Reprehendenda.* 181.
6. *Generaliter.* 183.
§. *Cum autem.* 185.
7. *Si quis.* 189.
Pen. Si teſtum. 193.
Ult. Cum quidam. 197.

Tit. 26. De impub. & aliis ſubſt. 199.

L. 1. *Cum heredes.* 211.
2. *Hereditatem.* 213.
3. *Heres.* 219.
4. *Quamvis.* ibid.
5. *Poſt aditam.* 221.
6 *Teſtamento.* 231.
7. *Si teſtamento.* 235.
8. *Precibus.* 247.
9. *Humanitatis.* 261.
Pen. Cum quidam. 271.
Ult. Si quis. 275.

Tit. 27. De neceſſ. ſervis hered. inſtituendis. 279.

Tit. 28. De liberis præteritis, vel exheredatis. 287.

L. 1. *Cum poſt.* 291.
2. *Si avus.* 295.
3. *Si quis.* 297.
4. *Maximum.* 299.
Auth. *Non licet.* 303.
Auth. *Ex cauſſa.* ibid.

Digitized by Google

Tit. 29. De postum. hered. instit. vel exher. 321.

L. 1. 2. & 3. ibid.
Ult. *Quidam*. 329.

Tit. 30. De iure deliberandi. 333.

L. 1. & 2. 339.
3. *Si fratris*. 343.
4. *Filiofam.* 345.
5. *Petiit*. 349.
6. *Si avia*. 353.
7. *Quoniam*. 355.
8. *Licet*. 357.
10. *Si se bonis*. 359.
11. *Renitente*. 361.
15. *Non est dubium*. 363.
16. *Nec emere*. 365.
17. *Cretionum*. 367.
18. *Si infanti*. 371.
19. *Cum in antiquioribus*. 377.
20. *Quidam elogio*. 381.
21. *Cum aliquis*. 389.
Ult. *Scimus*. 391.

Tit. 31. De repudianda vel abstinenda hereditate. 407.

L. 1. *Si paterna*. ibid.
2. *Si paterna*. ibid.
3. *Suus heres*. ibid.
4. *Sicut maior*. ibid.
5. *Pupillorum*. 409.
6. *Si quis*. ibid.

Tit. 32. Quemadm. testam. aper. 423.

L. 1. *Ut testamentum*. ibid.
2. *Testamenti*. ibid.
3. *Eius quod*. ibid.
4. *Codicillos*. 425.

Tit. 33. De edicto D. Hadriani tollendo. 435.

L. 1. *Cum inter*. ibid.
2. *Quamvis*. ibid.
3. *Edicto*. 443.

Tit. 36. De codillis. 455.

L. 1. *Rupto*. 457.
2. *Hereditatem*. 463.
3. *Cum proponatis*. 467.
4. *Non idcirco*. 471.
5. *Ne codicillos*. ibid.
6. *Sive*. 473.
7. *Si idem*. 475.
Ult. *Si quis agere*. 477.
§. *In omni ult*. 485.

Tit. 37. De legatis. 489.

L. 1. *Quamvis*. 495.
2. *Quamvis*. 499.
3. *Qui post*. 501.
10. *Cum alienam*. 503.
11. *Filia*. 509.
12. *Cum responso*. ibid.
13. *Proprius*. 513.
14. *Monumenta*. 515.
15. *Si universæ*. ibid.
16. *Creditor*. 517.
17. *Datum*. 519.
18. *Ex legato*. ibid.
19. *Non tantum*. 523.
20. *Uxor*. 525.
21. *In legatis*. 527.
22. *In annalibus*. ibid.
23. *Cum quæstio*. 529.
§. ult. *Sed & etiam*. 535.
24. *Cum quidam*. 537.
Pen. *Si legatarius*. 541.
Ult. *Illud, quod*. 543.

Tit. 39. Si omissa sit caussa testam. 547.

L. 1. *Si in fraudem*. ibid.
2. *Eum*. ibid.
3. *Si Proculiana*. ibid.

Tit. 40. De indicta viduitate. 557.

L. 1. *Legatum*. ibid.
2. *Ambiguitates*. ibid.
Auth. Cui relictum. ibid.
3. *Legem Iuliam*. 559.

Tit. 41. De his, quæ pœnæ nom. &c. 565.

L. 1. *Supervacuam*. ibid.

Tit. 42. De fideicommissis. 573.

L. 1. *Si probaveris*. 577.
2. *Etsi*. ibid.
3. *Cum secundum*. 585.
4. *Voluntas*. 587.
5. *Si frater*. 589.
6. *Prædia*. 591.
7. *Voluntatis*. 593.
8. *Qui fideicommiss*. 595.
9. *Ab eo*. 597.
10. *Verbum*. 601.
11. *Quoties*. ibid.
12. *Post mortem*. 605.
13. *Quoties*. 609.
14. *Eam, quam*. 611.
15. *Quamvis*. 625.
16. *Cum virum*. 629.
17. *Si creditoris*. 633.
18. *Cum necessitatem*. 635.
19. *Clari*. 637.
20. *Etiam*. 639.
21. *Si in personam*. 641.
22. *Et in epistola*. 643.
23. *Si veritas*. 645.
24. *Instrumenta*. 647.
25. *Heredum*. 651.
26. *Ex repudiatione*. ibid.
27. *Fideicommissum*. 655.
28. *Ex fideicommisso*. 657.
29. *Ex testamento*. ibid.
30. *Cum acutissimi*. ibid.
Pen. *Quidam*. 659.
Ult. *Quæstionem*. 661.
Auth. Hoc amplius. 665.

Tit. 43. Communia de legatis & fideicommissis. 667.

L. 1. *Cum hi*. ibid.
2. *Omne verbum*. 679.
3. *Si duobus*. 681.
5. *Sed etsi*. 685.
5. *Sed quia*. 687.
5. *Sin autem*. 689.
5. *ult. Emptor*. 691.
Auth. Res, quæ. ibid.

Tit. 48. Ad SC. Trebellian. 693.

L. 1. *Si ex*. 701.
2. *Ad eum*. 703.
3. *Si per*. 707.
4. *Non iustam*. 709.
5. *Et fine*. 713.
6. *Iubemus*. 717.
5. *In supradictis*. 721.
5. *Sin autem*. 723.
5. *ult*. 725.
Auth. Nisi rogati. 727.
Auth. Contra. 731.
Pen. Sancimus. 737.
5. 1. *Cum autem*. 741.
Ult. Quidam. 745.

Tit. 49. Ad L. Falcid. 749.

L. 1. *Scire debes*. 751.
2. *Falcidiæ rationem*. 755.
3. *Etiamsi*. 759.
4. *Et in legatis*. 761.
5. *Si mortis*. ibid.
6. *In imponenda*. 763.
7. *In testamento*. 767.
Auth. Sed cum. 771.
Auth. Similiter. 775.
8. *Irritum*. 777.
9. *Error*. 779.
10. *Quanquam*. 781.
11. *Si ut allegas*. 789.
12. *In donationibus*. 791.
13. *Si ea*. 793.
14. *Licet*. 795.
15. *Si prædiorum*. 797.
16. *Successores*. 799.
17. *A coheredibus*. 801.
Pen. Si quis. 803.
Ult. Cum certum. 807.

Lib. VII. Tit. 47. De sententiis quæ pro eo &c. 809.

L. *Unic. Cum pro eo*. ibid.

Lib. VIII. Tit. 1. De interdictis. 871.

L. 1. *Cum proponas*. 877.
2. *Præses*. 879.
3. *Incerti*. 883.
Ult. Si quis. 895.

Tit. 2. Quorum bonorum. 897.

L. 1. *Hereditatem*. ibid.
2. *Si ex edicto*. ibid.
3. *Constat*. ibid.

Tit. 3. Quod legatorum. 907.

L. 1. *Heredi*. ibid.

Tit. 4. Unde vi. 913.

L. 1. *Recte*. 915.
2. *Vi pulsos*. } 919.
3. *Auctoritatem*. }
4. *Si de possessione*. }
5. *Invasor*. 921.
6. *Meminerint*. 927.
7. *Si quis in tantam*. 931.
8. *Momentariæ*. 941.
9. *Si quando*. 945.
10. *Non abs re*. 947.
Ult. Cum quærebatur. 951.

Tit. 5. Si per vim, vel alio modo, &c. 957.

L. 1. *Iudices*. ibid.
Ult. Nec imperiale. 963.

Tit. 6. Uti possidetis. 965.
L. *Unica*. ibid.

Tit. 7. De tabul. exhib. 987.

L. *Unica*. ibid.

Tit. 8. De liberis exhibend. 997.

L. 1. *Si*. ibid.
2. *Adi*. ibid.
3. *Si ad instar*. ibid.

Tit. 9. De precario & Salviano interd. 1003.

L. 1. *Si te*. ibid.
L. *Ult. Habitantis*. 1005.

Tit. 14. De pignoribus & hypothecis. 1009.

L. 1. *Debitor*. 1013.
2. *Quamvis*. ibid.
3. *Creditores*. 1017.
4. *Cum te*. 1023.
5. *Præses*. 1025.
6. *In summa*. 1027.
7. *Usucapio*. 1029.
8. *Quamvis*. 1035.
9. *Si dominium*. 1037.
10. *Debitores*. 1039.
11. *Nominatori*. 1041.
12. *Si uxor*. 1043.

13. *Cum dominam.* 1043.
14. *Distractis.* 1045.
Auth. Hoc ita. ibid.
15. *Debitorem.* ibid.
24. *Persecutione.* ibid.
Auth. Hoc si debitor. 1047.
16. *Etsi frater.* 1049.
17. *Quamvis.* ibid.
18. *Pignoris.* 1051.
19. *Sicut.* 1053.
20. *Creditor.* ibid.
21. *Res obligatas.* 1055.
22. *Secundus.* 1057.
23. *Maior.* 1059.
24. *Persecutione, & Auth. seq.* 1063.
25. *Servo.* ibid.
Pen. Si tibi. 1065.
Ult. Super. ibid.
Auth. Quod obtinet. 1075.

Tit. 15. In quibus cauf. pignus vel hypoth. tac. contrah. 1077.

Tit. 16. Si aliena res pign. data fit. ibid.

Tit. 17. Quæ res pignori obligari possit, &c. ibid.

L. 2. *Cum constet.* 1077.
4. *Nomen.* 1079.
5. *Spem.* 1081.
6. *Qui filios.* 1083.
7. *Exsecutores.* 1085.
8. *Pignorum.* ibid.
Auth. Agricultores. ibid.
Ult. Si quis. 1089.

Tit. 18. Qui potiores in pign. hab. 1093.

L. 1. *Qui pignus.* ibid.
2. *Si decreto.* 1095.
3. *Cum rempublicam.* 1101.
4. *Si fundum.* ibid.
5. *Prior quidem.* 1103.
6. *Si generaliter.* ibid.
7. *Licet.* 1105.
Auth. Item possessor. 1107.
8. *Diversis.* 1109.
9. *Eos qui.* ibid.
10. *Cum tibi.* 1111.
11 *Scripturus.* ibid.
Auth Si quis vult. 1115.
Ult Affiduis. 1117.
Auth. Quo iure. 1119.
Auth. Si quid. ibid.

Tit. 19. De his, qui in prior. cred. loc. suc. 1127.

L. 1. *Non omnimodo.* ibid.
3. *Si potiores.* ibid.
4. *Si prior.* ibid.

Tit. 20. Si antiq. cred. pign. vend. 1129.

L. 1. *Si vendidisset.* ibid.
2. *Obligata.* ibid.
3. *Quo minus.* ibid.

Tit. 21. Si commun. res pig. data fit. 1133.

L. 1. *Frater.* ibid.

Tit. 22. De prætor. pign. &c. ibid.

L. 1. *Si prætorium.* ibid.
2. *Veteris.* 1135.

Tit. 23. Si in cauf. iud. pign. capt. fit. 1143.

L. 1. *Res.* ibid.
2. *Cum.* ibid.
3. *In Causa.* ibid.

Tit. 24. Si pign. pignori dat. fit. 1147.

L. 1. *Etiam.* ibid.
2. *Si creditor.* ibid.

Tit. 25. De partu pign. & omni cauf. 1149.

L. 1. *Partus.* ibid.
2. *Cum pignoris.* ibid.

Tit. 26. De remiss. pignoris. 1151.

L. 1. *Si te.* ibid.
2. *Si probaveris.* ibid.
5. *Debitum.* ibid.
6. *Si eo tempore.* ibid.
7. *Creditricem.* ibid.
8. *Si hypothecas.* 1153.
Ult. Solita. ibid.

Tit. 27. Etiam ob chirographar. &c. 1159.

L. *Unica.* ibid.

Tit. 28. De distractione pig. 1163.

L. 1. *Fundum.* ibid.
2. *Creditor.* ibid.
3. *Hypothecis.* 1165.
4. *Creditor.* ibid.
5. *Si residuum.* ibid.
6. *Quandiu.* ibid.
7. *Si cessante.* 1167.
8. *Si priusquam.* ibid.
9. *Quæ specialiter.* ibid.
10. *Et qui sub imagine.* 1177.
11. *Mulier.* 1179.
12. *Si debitor.* 1181.
13. *Qui prædium.* ibid.
14. *Si in hoc.* 1183.
15. *Obligatis.* ibid.
16. *Unus ex multis.* ibid.
17. *Rei creditor.* 1185.
18. *Qui a creditore.* ibid.
19. *Si maritus.* ibid.
Ult. Secundum. 1187.

Tit. 29. Debitor. vend. pig. impedire non posse. 1189.

Tit. 30. Si vendito pign. agatur. ibid.

L. 1. *Præses.* ibid.
2. *Servos.* ibid.

3. *Si*

3. *Si uxor.* 1189.
4. *Cum.* 1191.
5. *Si creditore.* ibid.

Tit. 31. De luitione pignoris. 1197.

L. ult. *Si reddita.* ibid.
2. *Intelligere debet.* 1201.

Tit. 32. Si unus ex pluribus hered. 1207.

L. 1. *Manifesti.* ibid.
2. *Actio.* ibid.

Tit. 33. Si pign. convent. &c. 1212.

L. 1. *Si pecuniam.* ibid.
2. *Si.* ibid.

Tit. 34. De iure dominii impet. 1215.

L. 1. *Dominii.* ibid.
2. *Si creditor.* ibid.
3. *Vetustissimam.* ibid.

Tit. 35. De pactis pignorum, &c. 1221.

L. 1. *Qui pactus.* ibid.
2. *Si fundi.* 1223.
Ult. Quoniam. ibid.

Tit. 36. De exceptionibus, &c. 1227.

L. 1. *Debitores.* 1237.
2. *Pro portione.* 1239.
3. *Adversus.* ibid.
4. *Cum nondum.* 1241.
5. *Licet.* ibid.
6. *Si pactum.* 1243.
7. *Si ex maiore.* 1245.
8. *Praescriptionem.* ibid.
9. *Siquidem.* ibid.
10. *Non exceptionibus.* 1253.
11. *Defensiones.* ibid.
Pen. & ult. ibid.

Tit. 38. De contrah. & committ. stip. ibid.

Tit. 39. De inutilibus stipulat. ibid.

Tit. 40. De duobus reis stipul. &c. 1255.

Tit. 41. De fideiussorib. & mand. 1307.

L. 1. *Si Lysias.* 1309.
2. *Creditori.* 1313.
3. *Non recte.* 1315.
Auth. Praesente. 1321.
4. *Novatione.* 1323.
5. *Iure.* ibid.
6. *Si pater.* ibid.
7. *Si creditor.* 1325.
8. *Filiusfam.* ibid.
9. *Etiam.* 1327.
10. *Fideiussor.* 1329.
11 *Cum alter.* 1333.
12. *Blanditus.* 1339.
13. *Si Barfateram.* ibid.
14. *Mandati.* 1343.
15. *Si indebitam.* 1345.
16. *Liberum.* ibid.
17. *Omissis.* 1347.
18. *Si ut proponit.* ibid.
19. *Si alienam.* 1349.
20. *Sententia.* ibid.
21. *Sicut eligendi.* ibid.
22. *Si ultra.* ibid.
23. *Reos.* 1351.
24. *Fideiussoris.* 1361.
25. *Pignoribus.* ibid.
26. *Sancimus.* 1363.
Pen Si fideiussor. 1367.
Ult. Generaliter. 1369.

Tit. 42. De novat. & deleg. 1375.

L. 1. *Delegatio.* 1381.
3. *Si delegatio.* 1383.

Tit. 43. De solutionib. & liberat. 1389.

L. 1. *In potestate.* 1393.
2. *Liberari.* 1407.
3. *Si cum.* 1409.
4. *Nihil.* ibid.
11. *Cum maritum.* 1411.
12. *Invito.* ibid.
5. *Nulla.* 1415.
6. *Si inter.* 1417.
7. *Eius.* 1419.
8. *Usuras.* ibid.
9. *Obsignatione.* 1421.
10. *Successores.* 1431.
11. *Cum maritum.* ibid.
12. *Iunio.* ibid.
13. *Si obligatum.* ibid.
14. *Pecuniae.* 1433.
15. *Quod debitori.* ibid.
16. *Eam, a quo.* 1435.
Auth. Hoc nisi. ibid.
17. *Manifesti.* 1437.
18. *Inquisitio.* 1441.
19. *Si Actore.* 1443.
20. *Si operas.* ibid.
21. *Interest.* ibid.
22. *Inductum.* ibid.
23. *Si literarum.* ibid.
Pen. & Ult. ibid.

Tit. 44. De acceptilationibus. 1445.

L. 1. *Iam tibi.* ibid.
2. *& L. ult.* 1447.

Tit. 45. De evictionibus. ibid.

L. 1. *Emptor.* 1449.
2. *Quoniam.* 1453.
3. *Qui rem.* 1457.
4. *Si praedium.* 1459.
5. *Ex his.* 1463.
6. *Non dubitatur.* 1465.
7. *Auctore.* 1469.
8. *Emptor.* 1471.
9. *Si controversia.* 1479.
10. *Si fines.* ibid.

11. *Exce-*

Digitized by Google

11. *Exceptione*. 1481.
12. *Sive*. 1483.
13. *Si ob caussam*. ibid.
14. *Sive possessio*. 1485.
15. *Si non iniuria*. 1487.
16. *Super*. ibid.
17. *Si cum quaestio*. 1489.
18. *Si status*. 1491.
19. *Si obligata*. 1493.
20. *Si parentes*. 1495.
21. *Empti*. 1497.
22. *Cum tibi*. 1499.
23. *Cum successores*. 1501.
24. *Si post perfectam*. ibid.
25. *Si tibi*. 1505.
26. *Si quis tibi*. 1513.
27. *Si fundum*. 1515.
28. *Emptori*. 1517.
29. *Si permutationis*. 1519.
Pen. Non ex eo. 1521.
Ult. ibid.

Tit. 46. Cred. evict. pign. non deb. 1523.

L. 1. *Cum iure*. ibid.
2. *Si a creditrice*. ibid.

Tit. 56. L. Si unquam. Lib. 8. C. 1527.

HUGO-

HUGONIS DONELLI IURISCONSULTI COMMENTARIA IN CODICEM IUSTINIANI.

AD TITULUM XXIII. LIB. VI. COD. DE TESTAMENTIS, ET QUEMADMODUM TESTAMENTA ORDINENTUR.

SUMMARIA.

1. *Testamenti etymologia vulgaris reprehenditur, & vera inquiritur.*
2. *Testamenti definitio: & definitionis uberior explicatio. per tot.*
3. *Codicilli & testamentum quid differant, & num. seqq.*
4. *Iustum quot modis dicatur quid.*
5. *Testamentum quando effectum suum nanciscatur.*
6. *Error quorundam interpretum in* L. qui duos, D. de manum. testam.
7. *Testamenti factio sit ne iuris gentium an civilis.*

1

Estamentum † Iustinianus ab eo describit, quia sit testatio mentis. *Inst. de testam. ord. in princ.* Recte Iustinianus. Constat enim testamentum dictum esse a testando. Revera autem non potest esse testatio, nisi mentis. Reprehenditur tamen hæc etymologia a Valla *Lib 6. Eleg. Cap.* 31. Quod in testamento nihil sit *mentum*, nisi productio vocabuli, nec magis compositione huius verbi insit mens, quam in illis similibus, in quibus est eadem analogia, *tegumentum, ornamentum, additamentum, &c.* in quibus omnibus mentem non inesse constat. Et recte reprehenderetur Iustinianus, si diceret testamentum verbum compositum esse ex testatione & mente. Itaque recte notatus est Servius Sulpitius ab Gellio, *Lib. 6. Cap.* 12. qui ex his duobus verbis compositum esse dicebat. Nunc autem Iustinianus hoc non dicit, sed tantum dicit testamentum appellatum esse a testatione, addit *mentis*, non quod mens in verbo esset, seu in compositione verbi, sed quod est in re, quoniam, ut iam dixi, si est testatio, non potest esse testatio, nisi mentis, ut mentem intelligi oporteret, etiamsi non exprimeretur. Adiecit igitur, ut magis ostenderet, qualis esset hæc testatio.

Sed cum infinitæ testationes mentis fint, cur proprie ea testatio mentis, quæ est de eo, quod post mortem fieri volumus, dicitur testamentum? Resp. Hoc verbum testamenti, & supremæ voluntatis factum esse propter testationis excellentiam, quia & hæc testatio suprema esset, & multa præter cæteras testationes exigeret ad testandam supremam voluntatem. Sic & monumentum, cum a monendo dictum sit, proprie tamen usurpatur de sepulcris. *L. monumentum, D. de relig. & sumpt. funer.* Sed hæc etymologia ostendit, cur ita dictum sit testamentum, non autem quid sit. Multæ enim testationes esse possunt, quæ non sunt testamenta. Videndum est ergo aliunde, quid sit.

Definitio traditur *in L. 1. de testam. & qui test. fac. poss.* Est autem hæc: Testa-
meotum † est nostræ voluntatis iusta sen- 2

tentia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Dicitur sententia. Est autem sententia, quod quis re cognita & deliberata iudicio statuit, unde *sententia iudicum*. Hoc verbum optime testamento tribuitur: nullum enim est testamentum sine iudicio. Unde supremæ voluntates proprio nomine suprema iudicia appellantur. *L. 4. sup. tit. præced. L. vel negare. D. quemadmodum test. aper. L. 1. sup. de sacros. eccles.* Ideo spectat, ut intelligamus nullum testamentum esse posse, quorum de re certum iudicium non est, *§. præterea, Inst. quib. mod. non est per. fac. test. L. qui testamento, D. h. t. de test. & qui test. fac. possunt*.

Adiicitur *voluntatis nostræ*, otiose ut videtur, quia non sit sententia, nisi in qua voluntas sit, nec sit voluntas, nisi de eo, quod sentimus. Unde videntur sæpe hæc usurpari pro eodem in testamentis, iudicium, & voluntas suprema, *L. captatorias, D. de hered. instit. d. L. 1. sup. de sacrosanct. eccles.* Sed hic nihil otiosum: Nam sententia duplex est, quædam solius iudicii nostri, quædam voluntatis nostræ. Iudicii nostri sententia est, cum dicimus, quid existimemus fieri debere, nec longius progredimur, ut etiam iubeamus, aut fieri velimus. Hæc sententia testamentum non est, ut puta: Testator testamento ita scripsit: *Municeps recte faciet, si in eo loco ædes publicas ædificaverit*. Hic nihil debetur municipibus ex eo testamento, quia sit hæc tantum sententia iudicii testatoris, non autem voluntatis testatoris.

Sententia voluntatis nostræ est, cum dicimus quid fieri velimus, ut *Lucius Titius heres esto: Stichus servus meus liber esto. Fundum Tusculanum Sticho do lego: Heres meus Titio 100. dato.* Hæ solæ sententiæ voluntatis nostræ testamenta sunt, non aliæ, in quibus testator iudicium suum tantum exponit, nihil autem fieri iubet, aut vult. Idque ita demonstratur. Nam testamentariæ voluntates solæ ratæ sunt, quæ lege confirmantur, *L. lege obvenire 130. de verb. signific.* Solum autem illæ confirmantur, quibus quis legassit suæ rei, *L. verbis legis, de verb. signific.* legassit, pro legaverit, antiquo verbo, idest, reliquerit legis modo, sive imperative, ut ostenderet se fieri velle, auctore Ulpiano *in frag. Instit. tit. de legat. in prin.* Nullæ igitur voluntates testamentariæ aliæ confirmantur, quam quibus testator voluit. Hinc intelligimus testamentum duabus iis rebus constare debere, sententia nimirum, seu iudicio, & præterea voluntate.

Sed multis in rebus sententia voluntatis nostræ esse potest, in quibus non est testamentum, additur igitur *Iusta*, quod differentiæ caussa additum est, ut separarentur codicilli a testamentis. Nam † codicilli sunt voluntatis nostræ sententia, & de eo quidem, quod post mortem fieri volumus, attamen testamentum non sunt, *L. si idem codicilli, infr. de codicill.* Qua igitur nota id intelligimus? Hac nota, quia iusta sententia non sunt, ut iustam nunc intelligimus: Testamentum autem est sententia voluntatis nostræ de eo, quod post mortem nostram fieri volumus, & hoc amplius iusta. At vero codicilli an non suo genere iusti sunt? nam non minus iure valent, quam testamentum, *titul. de codicill. Inst. in princ. L. ult. in fin. infr. de codicill.* Respondeo: Non ideo iusti sunt codicilli, ut iustam sententiam hic intelligere debemus. 3

Iustum † dicitur maxime tribus modis. Primo, Iustum est, quod ex lege est, ut iusta actio, quæ lege datur, *tit. de except. in princ. in Instit.* Iusta hereditas, quæ defertur lege. *L. 3. §. 1. D. pro socio.* Secundo, Iustum etiam est usitate in actionibus hominum, quod fit secundum leges, & præscriptum earum, ut iustæ nuptiæ, *Instit. de nupt. in princ.* quo sensu dicta est iusta uxor, quæ ducta est solemni & iusto ritu, iniusta, quæ eo modo ducta non est. *L. si uxor, D. ad L. Iul. de adult.* Tertio, dicitur etiam iustum, quod plenum est, & perfectum, ut iusta ætas, iusta magnitudo, *L. cum filiofamilias, §. ult. de legat. 3.* Significatio ex priore ducta per translationem: ea enim in suo genere perfecta sunt, quæ constant iis rebus omnibus, quas lex earum rerum desiderat. 4

Quid ex iis conveniat huic loco, videndum est. Nam in ambiguo sermone non omnia dicimus, quæ verbo significantur; *l. in ambiguo, D. de rebus dub.* sed id solum, quod volumus, & velle quisque scriptor intelligitur, id quod rei, & instituto convenit, idest, quod vitio caret, *L. in ambigua, D. de legib.* Ergo hic iustam sententiam non intelligimus, quæ ex lege est, testamentum enim proficiscitur a testatore, non a lege. Non intelligimus etiam sententiam plenam: quia fieri potest, ut codicilli sint de rebus omnibus, de quibus testari volumus, quia nihil amplius velimus, quam quod iis cautum sit: fieri etiam potest, ut in codicillis caveamus de rebus nostris omnibus, puta heredem instituendo, & tamen non erit iusta sententia, nec valebit, quia est contra leges,

ges, quæ vetant codicillis heredem inſtitui, §. *penult. Inſtitut. de codicill.* Reſtat igitur, ut iuſtam interpretemur hic diei utitate eam, quæ eſt ſecundum præcepta, & præſcriptum legum, quæ ſunt de ſupremis voluntatibus.

Hæc præcepta inter cætera duo deſiderantur in teſtamento, quibus maxime diſtinguitur a codicillis. I. Deſiderantur ſolemnia iuris, ſine quibus iniuſtum teſtamentum eſt. *L.* 1. *D. de iniuſt. rupt.* At codicilli nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant, §. *ult. Inſtit. de codicill.* Præterea in his, quæ caventur teſtamento a teſtatore, primum exigitur, ut teſtator heredem inſtituat. Heredis inſtitutio caput eſt & fundamentum, §. *ante heredis, Inſtit. de legat.* Ideo ſine inſtitutione heredis teſtamentum non valet. *L. ult. D. de iur. codic. L.* 3. verſ. *Calpurnius, D. de iis, quæ in teſt. del.* §. *in primis, Inſtit. de fideicom. her.* At codicilli, ut iam dixi, non admittunt heredis inſtitutionem. Hoc ſenſu non tantum diſtinguitur teſtamentum a codicillis, ſed etiam id ſtatuitur, quod maxime eſt proprium teſtamenti, ſcilicet heredis inſtitutio. Quamobrem hac definitione non adiiciemus cum Accurſio, cum heredis inſtitutione: nam qui iuſtam ſententiam dixit, is heredis inſtitutionem ſatis quoque dixit.

Sed adhuc manet prior obiectio, dixerit aliquis: *Nam & codicilli ſecundum præcepta legum fiunt.* Iam reſpondi non fieri, quod ex ſupra dictis apparet. At iuſti ſunt, qui a iure admittuntur, ut eſt *in pr. de codicill. in Inſtitut.* Reſpondeo, aliud eſt iure codicillos admitti, aliud eſt iuſtos eſſe ſecundum præcepta iuris. Revera ſecundum ius non ſunt, ſi quis ius civile ſpectat, quod eſt de ſupremis voluntatibus, ſed nihilominus pro iuſtis habentur utilitatis cauſſa, ut dicitur in *d. tit. de codicill.* Et ob hanc cauſſam pro iuſtis admittuntur.

Sed nondum ſatis, ut efficiatur id, quod ſit proprium teſtamenti. Nam iuſta ſententia voluntatis noſtræ multis aliis rebus convenit, quam teſtamento, convenit donationibus inter vivos propter nuptias, & omnibus omnino contractibus, quæ tamen omnia omnino non ſunt teſtamenta, neque pars teſtamenti, *L. verba, contraxerunt, D. de verb. ſignif.* Ob hanc cauſſam additum eſt in definitione, quod ſequitur, *de eo, quod poſt mortem ſuam fieri velit*, quibus verbis diſtinguuntur ſuperiora a teſtamentis. Nam donationes ſunt voluntatis noſtræ ſententia de eo, quod nobis viventibus fieri volumus. Similiter & donationes cauſſa mortis. Nam in hoc genere præſens præſenti dat, *L. inter, D. de donatio. cauſſ. mort.* Eodem modo & contractus maxima ex parte. Sed hic occurritur, quaſi iis verbis multi contractus etiam contineantur, qui tamen non ſunt teſtamenta. Nam recte ſtipulor aliquid mihi dari post mortem meam; recte tu promittis dari poſt mortem tuam, utrobique enim ſtipulatio valet, & actio ab heredibus & contra heredes incipit, §. *poſt mortem, Inſt. de inut. ſtip. L. un.* ſupr. *ut act. de hered. & contr. hered. incipit.* Et tamen in iis ſtipulationibus est voluntatis noſtræ iuſta ſententia de eo, quod poſt mortem fieri volumus, quare videbitur hæc definitio iis convenire.

Sed non ita eſt. Non enim dixit Modeſtinus: *teſtamentum eſſe iuſtam ſententiam de eo, quod poſt mortem noſtram fieri volumus*, ſed *de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.* Quis ἐμφατικῶς, ut ſit, *quis noſtrum, & ſolus fieri velit*, quo verbo ſatis teſtamentum a ſuperioribus ſtipulationibus ſeparatur. Nam ſuperiores ſtipulationes habent ſententiam voluntatis noſtræ, ſed de eo, quod duo pluresve post mortem ſuam fieri volunt, quia nullus est contractus ſine conventione, *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* Conventio autem omnis est duorum pluriumve conſenſus. *d. L.* 1. At teſtamentum est voluntatis noſtræ ſententia de eo quod unus tantum noſtrum post mortem ſuam fieri velit. Et ideo cum recte potuiſſet Modeſtinus dicere: *Sententia voluntatis noſtræ de eo, quod poſt mortem noſtram fieri volumus*, ut in eodem numero plurali perſeveraret, magno ingenio a plurali ad ſingularem tranſit, ut id ſignificaret, quod diximus. Atque utrumque recte ſit ſalva proprietate ſermonis. Nihil enim intereſt, utrum dicam, *de eo, quod ſinguli volumus*, an vero, *de eo, quod quiſque noſtrum velit.*

Ex iis autem verbis poſtremis colligimus, etiamſi teſtamentum a vivente ſit, & ab initio recte ordinatur, non tamen prius confirmari, quam teſtator mortuus ſit. Unde dicitur † teſtamentum tempore 5
mortis teſtatoris effectum habere, *L. ſi alienum*, §. 1. *D. de hered. inſtit.* §. *in extraneis*, Inſtit. *de hered. qual. & diff.* Ex quo illud Apoſtoli, cap. 9. ad Hebr. *ut teſtamentum valeat, neceſſe eſt intervenire mortem teſtatoris.* Is conſequens, quidquid teſtator dat legat teſtamento ſuo, eo vivo deberi non poſſe. Et ideo errant, qui contra interpretantur *L. qui duos, D. de manum. teſt.* Teſtator † duo- 6
bus

bus heredibus institutis iussit Stichum servum suum liberum esse post mortem unius certi ex heredibus. Is heres mortuus est vivo adhuc testatore, & ita conditio libertatis extitit, illic ita scriptum est: *Sabinus ait, liberum futurum*. Hoc quidem sic accipiendum, liberum futurum statim, & vivo testatore, favore libertatis. Non recte: nam ut dixi, non est testamentum, nisi de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, & quod dicitur simpliciter liberum futurum, sic accipiendum est, sub tempore, & cum conditio testamenti extiterit. In omni autem testamento hæc tacita conditio inest, *si testator mortuus erit*.

Iisdem verbis consequens est, quæ a defuncto capitur hereditas, eam tunc capi, cum defunctus dominus esse desiit.
7 Unde quæsitum est, an † testamenti factio, seu relinquere aliquid licere post mortem nostram, sitne iurisgentium, an iuris civilis? Neque inutiliter id quæritur propter deportatos, quibus tribuuntur ea, quæ sunt iurisgentium, non etiam ea, quæ sunt iuris civilis, *L. sunt quidam, D. de pœn*. Et prima ratione occurrit, cur non videatur testamenti factio esse iuris gentium, sed tantum auctoritatem & confirmationem habere a iure civili. Primum, ut dixi, testator post mortem suam dominus esse definit, non enim potest esse eius, qui omnino dominus non est. Porro secundum regulam iurisgentium & naturæ, nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet. *L. nemo plus, D. de reg. iur. L. traditio, D. de acquir. rer. dom.* Nec ad rem pertinet, quod testator moriens adhuc dominus est rerum suarum, nam confert alienationem in id tempus, cum mortuus erit. Nihil autem interest, utrum quid non faciat, idoneo tempore, an vero conferatur in tempus non idoneum. *L. 4. sup. de donat. ant. nupt.* Deinde hereditas mortuo testatore nondum adita nullius est in bonis. *L. 1. D. de rer. divis.* Secundum autem regulam iurisgentium, quod antea nullius est, occupanti concedi debet, *L. 3. D. de acquir. rer. dom.* Hinc factum videri potest, ut testamentariæ hereditates confirmarentur lege, *d. L. lege obvenire, de verb. sign.*

Sed exempla omnium gentium & populorum, apud quos testamenta recepta sunt, a principio rationem naturalem habere probant. Et vero hæc certa est ratio naturæ, qua supremæ voluntates nitantur, quod nihil tam naturale sit, quam voluntatem domini rem suam transferentis in alium ratam haberi. *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Et si in cæteris voluntatibus inter vivos hoc recipitur, multo magis supremæ voluntati tribui debuit, postquam aliud velle non possumus, ut bene scriptum, in *L. 1. sup. de sacrosanct. eccles.* Ad hæc testator moriens adhuc dominus est. Recte igitur eo tempore habendi potestatem in alium transfert. Non obstat, quod dicitur: neminem plus iuris in alium transferre posse, &c. Non enim potest tradendo. At testator de suis rebus testamento cavens eas non tradit heredi, sed relinquit: recte relinquit, qui eo tempore dominus fuit, nec hoc relictum confertur in tempus minus idoneum.

Quod autem dicitur, quod antea nullius est, occupanti concedi, de iis rebus dicitur, quæ plane nullius sunt, idest, quæ nec re ipsa sunt cuiusquam, nec destinatione alterius, quales sunt feræ bestiæ, volucres, pisces, & omnia, quæ cœlo, terra, mari capiuntur, *L. 1. 2. & 3. de acqu. rer. dom.* In hoc autem numero non est hereditas. Hæc dicitur esse nullius in bonis, quia in præsentia re & commodo nullius adhuc in bonis est, sed destinatione est heredum. Destinata est enim aut heredibus scriptis a defuncto, qui destinandi ius habuit, aut heredibus legitimis a lege, quæ non minus rerum nostrarum domina est, ut declarant definitiones legis in *L. 2. D. de legib.* Et quod dicitur testamentarias hereditates lege confirmari, potius argumentum debet esse, ius transferendæ hereditatis aliud iuris esse, quam civilis. Nam quæ nascuntur ex iure civili, dicuntur iure civili introduci. *L. ex hoc iure, D. de iust. & iur.* Quæ autem confirmantur, ea etiam necesse est prius fuisse. Sic etiam iuris gentium conventiones iuregentium obligationem pariunt, *d. L. hoc iure*. & tamen nihilominus eædem ex iure civili confirmantur, unde etiam civiles & legitimæ dicuntur. *§. 1. Inst. de oblig. §. sed istæ. Inst. de act.* Quare potestas de rebus suis post mortem statuendi maxime iurisgentium est, eoque ad deportatos etiam pertinet.

Plane in hac facultate testandi sunt quædam ex iure civili nata, ut sunt testes septem, subscriptiones testium & signa, sine quibus etiam placuit heredem institui non posse in testamento scripto. Quæ res facit, ut nec deportati heredem instituere possint, ut nec testamentum facere possunt. Sed si pater deportatus testamentum faciet inter liberos, aut si codicillis fideicom-

Digitized by Google

commissum relinquit, utraque voluntas admittenda est, nam imperfectum testamentum admissum est inter liberos, *L. hac consultiss.* §. *ex imperfecto, infr. h. tit.* codicilli nullam ordinationis solemnitatem desiderant, §. *ult. Instit. de codicill.*

Hac definitione exposita, ut intelligatur, & quis sit usus eius definitionis, & quid deinde agatur hoc titulo toto, meminisse oportet eius, quod dictum initio tituli superioris. Id autem est: testamento ut hereditatem nobis acquiri, si prius testamento delata sit, ita deferri, si & testamentum erit, & id iure valebit. An sit testamentum, ex definitione intelligi potest; huc superior definitio referri debet. An valeat, ex tribus rebus spectandum est, persona testantis, testandi modo, & iis, quæ testamento continentur. De personis superiori titulo dictum, sequens locus est huius tituli proprius, quomodo testamenta ordinentur. De hoc modo testamentorum ordinandorum comprehensum est diligenter in *L. hac consultissima, infr. hoc tit.* ubi dicetur.

Ad L. Testes servi. 1.

Imp. Hadrianus A. Catonio Vero.

Testes servi, an liberi fuerint, non in hac caussa tractari oportet: cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit. Sine die & consule.

S U M M A R I A.

1. *Servus quando in testamento testis esse possit.*
2. *Cur, si servus pro libero habeatur, non tamen sit, testis esse possit in testamento.*
3. *Quae constituti hic iuris ratio.*
4. *Contrarius occurritur.*

1 Servus † testamento testis adhiberi non potest, *L. qui testamento*, §. *servus*, *D. h. t.* §. *testes, Instit. h. t.* Sed hoc ita, si constet servum fuisse tempore testamenti. Quod si tunc pro libero omnium consensu habitus est, constitutum est, eum tam recte adhiberi, quam si liber fuisset. §. *sed cum aliquis, in Instit. h. t.* Hinc est, quod hoc rescripto dicitur, in hac caussa quærendum non esse, utrum testes liberi sint, an servi. Sensus est in hac caussa, idest, cum quæritur in conditione testis, an recte adhibitus sit, nec ne, non est quærendum, utrum liber sit, an servus, quoniam sive liber sit, sive servus, adiberi potest, si modo omnium consensu pro libero habeatur. Et ideo hoc quærendum est, an talis habeatur, nec ne?

2 Quæsitum est, † quamobrem hoc ita sit constitutum de servo, cum aliorum consensus eum liberum non faciat. Primum, quia noluut liberum esse, qui errant. Error enim non habet consensum, *L. si per errorem, D. de iurisdict. L. 2. de iudic.* Deinde, quia etsi liberum esse vellent, tamen liberum facere non possunt, quia domini non fuerunt. Vulgo redditur hæc ratio huius iuris, quia error communis ius faciat, sumpta *ex L. 3. D. de supell. leg.* sed nihil ad hunc locum pertinet. Nam nec error communis populi ius facit, cum universus populus vult, in quo errat. Et præterea etiamsi admonitus populus id vellet, & posset ius statuere, in quo errat, ut cum populus creat prætorem servum, quem liberum putabat, in exemplo, *L. Barbarius, D. de off. prætor.* Item eum populus habet in numero supellectilis vasa argentea & aurea, quod est exemplum *d. L. 3. de supell. leg* Nihil horum est, cum servus testis adhibitus omnium aliorum testium consensu habetur liber: non enim habetur iden liber ab universo populo. Et præterea si hi, qui putant eum liberum, admoniti essent servum esse, non ideo propter testamentum alterius liberum eum esse vellent, nec si vellent, possent facere liberum. Non ergo cæterorum consensus hoc ius facit. Idque ex eo apparet, quod hoc ius introductum est Constitutionibus Imperatorum, ut constat *ex d.* §. *sed cum aliquis, Instit. h. t.* Sed

Digitized by Google

3 Sed quæ est huius † iuris constituti ratio? Est in promptu, ne videlicet iusta ignorantia testatori noceat, cui in aliis caussis omnibus & subveniri solet, ac proinde multo magis subveniendum fuit in testamento. Huc pertinet *L. de ætate, §. ex caussa, D. de interrogat. L. 3. in pr. D. de Senatusconsult. Macedon. §. recte,*
4 *Institut. mandat.* Sed frustra dixerit † aliquis, servum testamento utiliter adhiberi: quoniam si de testamento ambigitur, hic servus pro testamento testimonium dicere non potest, si probetur nunc servum esse: servi enim in iudicio testimonii distinctionem non habent, *L. quoniam, sup. de testib.* Respondeo: Si de testimonio huius servi quæritur, nihil prodest eum testimonio adhibitum fuisse; si quæritur de testamento, utiliter est adhibitus, & nihilominus testamentum valet, si tempore testamenti pro libero omnium consensu sit habitus. Et ideo, si heredes legitimi oppugnantes testamentum, in quo servus hic testis adhibitus fuit, dicant, nullum testamentum factum esse a defuncto, aut hunc servum testem omnino adhibitum non fuisse, & id probandum sit testibus: sine dubio ad eam rem probandam non dicet testimonium hic servus, & perinde erit in hoc testimonio, quasi adhibitus non fuisset. Sed si iidem heredes legitimi fateantur hunc servum fuisse adhibitum, sed dicant eum non potuisse adhiberi, quia servus esset, hic testamentum citra controversiam valebit. Non obstat, quod servus testimonium dicere non potest. Nam quæ extat quæstio, an testamentum hoc casu valeat, non deciditur servi aut cuiuscunque alterius testimonio; deciditur iure certo, quo constitutum est, nihil nocere, talem testem testamento adhiberi, atque de eo solo in hoc rescripto quæritur. Tantum abest itaque, ut cum ita rescriptum interpretamur, divinemus, ut id dicamus, quod est solum huius rescripti proprium. Quærebatur enim, an testis, de quo agebatur, liber esset, an servus. Apparet ex eo, quod Adrianus respondit, id quærendum non esse: non respondet, nisi de quo quærebatur.

Ad L. Publicati semel. 2.

Imp. Alexander A. Expedito.

Publicati semel testamenti fides, quamvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu qui probatur, intercidit, nihilominus valet. PP. Kalend. Ianuar. Fusco II. & Dextro Coss.

SUMMARIA.

1. *Publicare testamentum idem est, quod insinuare.*
2. *Insinuatio apud quem fiat.*
3. *Idoneus insinuationis iudex quis.*
4. *Publicationis testamenti forma.*
5. *Acta quæ dicantur.*
6. *Insinuare actis quid.*
7. *Acta cur dicantur publica monumenta.*
8. *Testamentum publicatum quod dicatur.*
9. *Describi testamentum & in acta referri quid necesse sit.*
10. *Testamentum publicatum an fidem faciat; & quibus conditionibus.*
11. *Contrariis occurritur.*

1 Publicare † testamentum, est insinuare actis. Nam publicare & insinuare pro eodem usurpatur, *L. in hac, infr. de donat.* Et quod illic dicitur absolute insinuare, id dicitur insinuare actis *L. in do-*
2 *nationib. eod. tit. de donat.* Id † autem fit apud idoneum magistratum, aut iudi-
3 cem. Idoneus fuit † Romæ temporibus posterorum Imperatorum magister census, apud quem res insinuabantur. *L. testamenta. L. consulta, infr. h. tit. L. in hac, & L. secundum, infr. de donatio.* Si nulli erunt certi magistratus huic muneri propositi in aliqua regione, sufficiet quivis index etiam delegatus, ut significatur *in L. omnium, infr. h. tit.* & bene expressum est *in C. ult. extra de fid. instrum.*

Publicatur † autem testamentum hac forma: Magistratus, cui testamentum publicandum oblatum est ab heredibus scriptis, quia testamentum legere debet, ante omnia 4
curan-

eurandum est testamentum, ut aperiat, ſi
ante clauſum fuit. Aperietur autem ea for-
ma, quæ præſcribitur *in L. 4. D. quem-
adm. teſt. aper.* & *L. 2. infr. quemad.
teſt. aper.* Deinde apertum teſtamentum
legetur publice, & privatim cognoſcet ip-
ſe, an integrum ſit, an nulla ſui parte vi-
tiatum, ut fideliter ſic deſcribatur *d. C.
ult. extra, de fid. inſtrum.* Si integrum
eſſe cognovit, iubebit deſeribi per offi-
cium, ſeu officiales, ſeu actuarios ſuos.
Quod cum factum erit, tum erit explica-
tum testamentum publicum, idest tale,
5 quod ſit actis inſinuatum. Nam † acta per
exeellentiam nominis dicuntur ſcripturæ,
quæ apud iudicem publice actæ ſunt, &
dicitur res his actis inſinuari, eum accipi-
tur & comprehenditur res his ſcripturis,
quæ *acta* appellantur, ut nihil aliud ſit in-
6 ſinuare † actis, quam referre in acta, ut
veteres locuti ſunt.

7 Hæc † acta ſunt publica monumenta,
L. in donationib. inf. de donat. quo ſit,
ut quæ in acta hæc relata ſunt, publica
eſſe incipiant. Dicuntur autem publica
duabus de cauſſis. Primo, quia per magi-
ſtratum confecta ſunt. Deinde, quia fidem
habent, auctoritatemque publicam, in eam-
que rem & publiee aſſervantur, ut inde
fidem rei geſtæ petere liceat, cum libet
& opus eſt.

Obſervandum eſt autem, cum publica-
tum eſt ita teſtamentum, ut ſupra dixi-
mus, incipiunt teſtamenti duæ tabulæ, ſeu
duæ ſcripturæ eſſe. Una vetus, eius ma-
teriæ, in qua primum teſtamentum a te-
ſtatore ſcriptum eſt. Altera nova, quæ
eius teſtamenti exemplum continet, quam
actis inſinuatam, & publicatam diximus.
Prior materia privata manet, & prius ex-
plicatum, & deſcriptum in actis eſt id,
8 quod hoc loco appellatur † teſtamentum
publicatum. Dicitur teſtamentum, quia
continet ſententiam voluntatis defuncti,
quæ priori materia ſcripta eſt. Hæc au-
tem ſententia eſt teſtamentum defuncti,
non autem materia, in qua ſententia hæc
ſcripta eſt. Quod ita eſſe ex hoc reſcri-
pto liquido apparet. Nam aperte hic di-
ſtinguitur publicatum teſtamentum a ma-
teria, in qua teſtamentum prius ſcriptum
fuit. Oportet igitur teſtamentum id pu-
blicatum diverſum eſſe: non poteſt diver-
ſum eſſe, niſi ſit a priore deſcriptum. Sed
9 quid † neceſſe eſt ita teſtamentum de-
ſcribi, cum prius teſtamentum ad fidem
ſufficiat? Reſpondeo: Eo fit, quia plura
exemplaria teſtamenti exſtare utile eſt; ut
ſi unum pereat, liceat ex alio fidem ſu-
mere, quod ſupereſt, *L. ult. ſup. h. t. L.
unum. D. h. t.*

Hoc intellecto, de fide teſtamenti huius
publicati quæſitum eſt hoc loco. Primum,
† an fidem faciat. Deinde, quantum fa- 10
eiat, & quando. Quod dubitatur, an fi-
dem faciat, dubitatio ex eo eſt, quod
conſtitutum eſt, eum ex alio inſtrumento
authentico deſcriptum eſt exemplum, non
ex exemplo agi debere, ſed ex authenti-
co. Et videtur fidem exemplo haberi non
oportere. *L. 2. D. de fid. inſtrum. Auth.
ſi quis in aliquo. ſupr. de edend.* Et pla-
cuit hoc teſtamentum publicatum fidem
facere, & recte. Nam quod ſupra dixi-
mus de exemplo, de exemplo privato di-
ctum eſt. Alia cauſſa eſt exempli publi-
cati, ut h. tit. Nam inſtrumentum publi-
catum fidem publicam habet, *d. L. in do-
nationibus.* Sed adiicitur hoc reſcripto,
ita demum hoc exemplum, quanvis pu-
blicatum fidem facere, ſi prior materia
teſtamenti quæ interdicit, interciderit ca-
ſu, qui probetur.

Ex quo hæc eolligimus, etiam teſta-
menti exemplum quanvis publicatum, ad
fidem teſtamenti non ſufficere, ſi adhuc
exſtet prior materia teſtamenti, ſed hanc
quoque conſulendam eſſe, iuxta *d. Auth.
Si quis in aliquo.* Nam ſi non ereditur
exemplo publicato, ubi prior materia pe-
riit, niſi neceſſitas ſuadeat; multo minus
ei crederetur, ſi materia prior adhuc ex-
ſtet, quam liceat adhuc conſulere. Dein-
de colligimus, ſi prior materia teſtamenti
intercidit dolo heredum ſcriptorum, quia
illam conſulto ruperint, aut aliquid aliud
in eo ſtatuerint, iis teſtamenti publicati
fidem nihil prodeſse, quia reſcriptum exi-
gat, ut teſtamentum caſu intercidat. Poſtre-
mo ex iiſdem verbis intelligimus, quan-
vis caſu interciderit prior teſtamenti ma-
teria; tamen non eſse ſatis, id dici ab he-
redibus ſcriptis, ſed etiam id probari de-
bere. Proinde eo non probato, exemplum
publicatum illis non prodeſse. Et recte
ab illis exigitur hæc probatio: nam ipſi
ſunt, qui caſum allegant, & debent alle-
gare ex hoc reſcripto. Regula autem iu-
ris est, incumbere probationem ei, qui
dieit, *L. 2. D. de probat.*

Sed his conditionibus † opponitur *d. L.* 11
in hac, & *d. L. in donat. inf. de donat.*
Quibus in locis de donationibus inſinua-
tis, & de actis, & monumentis publicis
dicitur, hæc habere inconcuſſam fidem,
ita ut nec aliæ probationes, aut ulla ad-
minicula deſiderentur; ſecundum quæ vi-
detur, dici debuiſse, exemplum teſta-
menti publicatum, quod actis inſinuatum
est, omnimodo fidem facere debere, ſive
prior materia teſtamenti extet, ſive non,
quia

Digitized by Google

quia actorum fides aliunde non dependeat. Resp. Quæ de fide actorum superioribus in locis dicta sunt, ea de autheuticis, & principalibus scriptis dicta sunt, nempe de iis, in quæ primum referuntur donationes factæ; non eodem iure haberi exempla quantumvis publicata, in quam rem hic locus sufficiat. Differentiæ ratio est, quia omnia exempla genere ipso suspecta sunt; quia facile est in describendo errare, unde hoc genus totum appellatur calumniosa scriptura in *d. L. 2. D. de fid. instrum.* Proinde non temere exemplo credendum est, privato quidem nunquam, publico autem ita demum, si quæ necessitas urgeat, quia fides sumi aliunde non potest, consulendum est enim necessitati, *arg. in L. 2. §. 2. D. si quis cautionib.* sed ita demum succurri debet, nisi si quis eam necessitatem sibi imposuerit. *L. si fideiussor, §. si necessaria. D. qui satisdare cog. d. L. 2. §. pen. D. si quis caut.* Et hoc est quod hic exigitur, ut prior materia testamenti intercideril casu, non heredum facto.

Ad L. Ex imperfecto. 3.

Imp. Alexander A. Antigono.

Ex imperfecto testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, sæpe constitutum est. Licet enim lex imperii solemnibus iuris Imperatorem solverit: nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere PP. XI. Kal. Ian. Lupo & Maximo Coss.

SUMMARIA.

1. *Imperfectum & perfectum testamentum quando sit.*
2. *Imperfectum testamentum non valet, etiamsi Princeps heres institutus sit.*
3. *Princeps, an quod imperfecto testamento ipsi relictum est, capere possit.*

1 PErficitur † testamentum solemnibus iuris adhibitis, de quibus in *L. hac consultissima inf.* & præterea herede instituto, item adiectis iis, quæ in ordinatione testamenti desiderantur. Si quid horum deest, imperfectum est testamentum. Si ad vim testamenti superiora omnia requiruntur, consequens est, imperfectum testamentum esse nullius momenti, quod scriptum est *§. pen. Instit. quib. mod. test.* Docemur hoc loco id adeo verum esse, ut quanvis imperfecto testamento Princeps
2 heres † institutus sit, tamen nihilo magis testamentum valeat. Idem in *§. ult. Inst. quib. mod. test. infirm. & L. ex imper-*
3 *fecto, D. de legat.* 1. Et † cæteris quidem personis, quibus in eo testamento quid relictum est, testamentum non valere constat. Sed num Princeps ipse hereditatem, aut si quid aliud ei relictum est, ex testamento capere non poterit? Et iisdem locis cautum est, nec Principem ex eo testamento capere posse, ne contra leges faciat.

Sed pro Principe hoc dicitur: Principem solutum esse legibus, quod lege Regia, quæ de imperio eius lata est, effectum est, de qua in *L. 1. D. de constit. pr. & §. sed & quod Principi, Instit. de iur. nat.* Respondent boni Principes, hoc ius sibi placere, ne quid ex imperfecto testamento capiant, non quod pro sua potestate capere non possint, si ea uti velint; sed quia soluti legibus, nihilominus legibus vivere volunt, & submittere legibus principatum *d. §. ult. Institut. quib. mod. test. infr. L. digna vox, supr. de legib.* Dixerit aliquis, quod de assentatoribus Principum nimis quam sæpe audiri solet, Principem facere infra dignitatem & magistratus imperium, si non faciat quæ libet, cum hoc eius imperio tributum sit, ut sit solutus legibus cæterorum. Hic egregie responderunt boni Principes, quod in hoc rescripto legimus, tantum abesse, ut dum Principes se subiiciunt legibus, aliquid imminuant de maiestate imperii & sua, ut nihil sit tam proprium imperii, quam legibus vivere. Et recte. Nam proprium

prium imperii, est Rempub. & imperium ornare moribus, bonorum morum pars magna est, obtemperare bonis legibus. Proprium imperii est eas res constituere maxime, quibus imperium consistit: stat autem omne imperium bonis legibus, hæ stabiliuntur a Principe, non verbis, & eius iussu, sed maxime exemplo: dum enim iis paret, probat eas iustas & veras esse, & exemplo suo adfert subditis ita parendi non tam necessitatem, quam voluntatem. Amplius etiam dicitur, maius imperio esse legibus submittere principatum, *d. L. digna vox, supr. de legib.* recte hoc quoque. Nam imperii proprium est hoc quoque imperare aliis: qui autem legibus paret recte vivendo, is imperat etiam sibi, quo imperio nullum est maius.

Ad L. Si in nomine. 4.

Imp. Gordianus A. Ruffino.

Si in nomine, vel prænomine, seu cognomine [seu agnomine] testator erraverit, nec tamen, de quo senserit, incertum sit: error huiusmodi nihil officit veritati. PP. XII. Kal. Ianuar. Gordiano A. & Aviola Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Error, seu omissio nominis, si aliter demonstrata sit persona legatarii & heredis, non nocet.*

Sive testator heredem instituit, sive alicui quid legat, personam heredis, & legatarii demonstrare oportet. *L. quoties, §. si quis nomen, D. de hered. instit. L. Paulus, D. de reb. dub.* Et ad personas demonstrandas nomina, pronomina, agnomina, cognomina inventa sunt, sed tamen aliis rebus demonstrari possunt. Proinde si aliis demonstrentur, satis est, *d. L. quoties, §. si quis nomen, §. si quis in no-*
1 *mine, in fin. Instit. de legat.* Hinc † fit, ut si persona sine nomine demonstrata sit, nominis omissio nihil noceat. Quin & illud consequens est, ut si falsum nomen adiectum sit, errante testatore in nomine, nihilominus & institutio, & legatum valeat, quia perinde hoc est, quasi nomen omnino non sit adiectum. Et hoc, dummodo certum sit, de quo testator senserit, & certum sit testatoris demonstratione. Nam ut cætera omittantur, saltem verbis testatoris personam demonstrare oportet aliquo signo indubitabili, *d. §. si quis nomen.* Id ita fiet, si instituat hoc modo. *Cornelius sororis meæ filius heres esto.* Si soror unum tantum filium habeat, apparet, quem testator designarit, proinde heres erit, etiamsi nomen Sempronius, non Cornelius fuerit. Idem dicendum, si testator tantum Cornelium dixerit, cum eum prius ita consuevisset appellare.

Ad L. Neque professio. 5.

Impp. Valerian. & Gallien. AA. Lucullo.

Neque professio, neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati praeiudicat: & quae ut filiis testamento relinquuntur, iuxta ea, quae a Principibus statuta sunt, non deberi certi iuris est. Accep. VI. Non. Iul. Valer. & Gallien. AA. III. & II. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Testatoris falsum dicentis affirmatio, aut negatio veritatem nihil mutat.*
2. *Idem in professione falsa.*
3. *Profiteri liberos sibi natos quid.*
4. *Relictum tanquam filio, qui filius non est, an debeatur.*

QUoniam de auctoritate supremae voluntatis ita cautum est legibus, ut quod testator legaverit, seu statuerit de re sua, id tanquam ius ratum sit. *L. testandi, inf. h. t. L. verbis leg. D. de verb. sig. §. disponat, Novel. de nupt.* Hinc commode quaeritur in universum de vi & potestate sententiae omnis testatoris, quod declaratur exemplis in hoc rescripto & seq. Est autem haec summa: si quid testator statuit, ut fieret in futurum, si quid voluit, id ratum est. Id quod declaratur superioribus locis. At si quid de re tantum affirmavit, ut ostenderet sententiam suam, non voluntatem, id pro non scripto est, iuxta definitionem testamenti supra dictam. Nam si verum est, quod testator dixit, valet quidem: sed quia ita est revera, non quia testator dixit, ut si filium suum dixerit *filium*, erit quidem filius, sed quia natura talis est, futurus talis, etiamsi testator nihil dixisset.
1 Quod si † testator falsum dixerit, eius affirmatio, aut negatio veritatem nihil mutat, neque ab eo, quod natura est, receditur.

Utriusque rei exempla habent haec rescripta duo. Affirmationis exemplum hic est: testator legavit L. Titio filio suo, non ideo erit filius, quia testator affirmavit, nisi revera sit filius. Sed an testator non potuit voluntate sua filium efficere? Respondeo, de eo primum nihil cavit; deinde etsi voluisset filium facere, non potuisset: ita necesse est inutilem esse affirmationem testatoris falsam. Nam filii, aut iustis nuptiis fiunt natura, aut adoptione iure civili; nuda adseveratione nullo modo. *L. 1. D. de adoption. L. non exemplis, & L. non nudis, supr. de probat.* Negationis falsae exemplum in rescripto sequenti est: testator scripsit se vivum nihil donasse, placet, si quid vere donaverit, negationem testatoris veritati non nocere. Sed an eo dicto non videtur testator donationem revocasse? Quaestio supervacua est in donatione inter vivos, quia etiamsi testator hoc animo esset, ut vellet donationem revocare, non posset tamen semel perfectam, *L. cum ancillam, supra de condict. ob caussam dat. & tot. tit. infr. de revoc. donat.*

In donatione autem caussa mortis utilis est quaestio. Nam quod testator donavit vivus caussa mortis, id quandoque ex sententia revocari potest. *Instit. in pr. de donat.* Solum hoc quaerendum erit, an voluerit revocare, & recte vulgo probatum est, superioribus verbis videri revocatam donationem, cuius sententiae hoc argumentum est, quia haec oratio testatoris, *profiteor me nulli quidquam donasse*, ambigua est: sic enim accipi potest, quasi facto nihil donaverit, aut quasi nihil donaverit effectu; quia donationem valere nolit: prius si accipimus, inutilis scriptura est, quia falsa est; posterius si accipimus, valet, quia testator facit revocando, ut donatio nulla sit. Proinde hoc posterius accipimus, ut scriptura videatur aliquid egisse iuxta *L. si quando, D. de leg. 1.*

Quod † de affirmatione testantis hic 2
dicitur, idem dicitur de professione falsa, professio hic intelligitur professio parentum de origine, & aetate liberorum, quod genus professionis usitatum erat Romanis, ex constitutione M. Antonini, de qua

qua Iul. Capitol. in eius vita ita feribit: *hunc primum liberales cauffas muniviffe, ita ut iuberet unumquemque civem apud præfectum ærarii liberos fibi natos profiteri, eundemque per provincias publicarum tabularum ufum inftituiffe, apud quos de originibus idem fieret, quod Romæ apud præfectos ærarii, ut fi quando de ftatu quæftio eft, probationes inde ederentur, quis a quo editus effet.* Profite-
3 ri † liberos fibi natos, eft nuntiare & teftari liberos fibi natos, & nomen edere, ut profiteri merces apud publicanos, eft edere fpeciem & numerum mercium, pro quibus vectigal pendi debet. *L. interdum, in pr. & §. quoties, D. de publican.* Hæc profeffio parentum de his, quos liberos fuos dicebant, in re dubia fidem faciebat pro liberis, & contra liberos, fed veritati non præiudicabat, fi quis probaret falfam probationem fuiffe, quod hic dicitur, & *L. etiam, & L. Imperatores, D. de probat.*

Hinc adiicitur, fi † quid relictum fit ut filio, qui filius non fit, huic nec legatum, aut hereditatem relictam videri in *L. quoties in pr. D. de her. inftit.* Recte dictum eft, *fi quid relictum fit ut filio*: intelligitur enim teftator aliquid reliquiffe ut filio, cum reliquit ei, non folum quem filium nominavit, fed etiam quem putabat filium effe, errore ductus, ut hanc cauffam habuerit legandi, quod filium putarit. Quod fi teftator non ignoravit eum, cui legabat, filium fuum non effe, eum pro filio eum diligeret, filium nominarit, nihilominus legatum debebitur, ne nomen honoris, & amicitiæ legatario noceat, quod potius prodeffe ad legatum debuit, *L. nemo, §. ult. D. de her. inftit.* 4

Ad L. Verba. 6.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Terentiæ.

Verba teftamenti, quibus mater veftra decedens nihil fe cuiquam donaffe fignificavit: fi res fe aliter habeat, fidem veri non perftringunt. PP. III. Non. Novemb. Diocletiano A. & Ariftobolo Coff.

Expofui L. fuperiori.

Ad L. Errore. 7.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Rufinæ.

Errore fcribentis teftamentum iuris folemnitas mutilari nequaquam poteft, quando minus fcriptum, plus nuncupatum videtur: & ideo recte teftamento condito, quanquam defit, heres efto*: confequens eft, exfiftente herede, legata feu fideicommiffa iuxta voluntatem teftatoris oportere dari. PP. XVII. Kal. Febr. ipfis AA. IV. & III. Coff.*

S U M M A R I A.

1. *Heres quibus verbis ufitate inftituatur.*
2. *Orationi teftatoris fi quid defit, an nihilominus inftitutio valeat, & quid heredis nuncupatio hic a fcripto differat.*
3. *Quare imperfectæ orationi in heredis inftitutionem fcripta* heres efto, *adiici debeat, & non quidvis aliud æque.*

Teftamento heredem Inftitui oportet, alioqui nullum teftamentum, *L. ult. D. de inr. codicil. L. 3. verfic. Calpurnius, D. de his quæ in teft. del.* Inftituitur autem heres † iis verbis ufitate *L. Titius heres efto* aut aliis eandem figni- 1

ficationem habentibus, *L. quoniam, infra, h. t. L. 1. D. de her. instit.* Si
2 quid huic orationi desit, an institutio † valeat, quæsitum est? Et si testator voluntatem suam nuncupet sine scripto, plenis verbis heredem nuncupare debet, ut intelligant testes quem heredem esse velit. *L. heredes palam, D. eod.* Quod si testamentum scribat, placet, etiamsi quid superiori orationi desit, dummodo persona heredis nota sit, nihilominus institutionem valere, & ideo si testator dixit, *Lucius esto*, intelligitur *heres*, nec adiecerit *esto*, idem intelligimus, *L. 2. §. si ex fundo, D. de her. Instit.* Longius itum est: nam si testator tantum scripserit, *Lucius*, nec adiecerit *heres esto*, tamen creditur testator hoc sensisse, & institutio valet, *d. L. 1. §. si ex fundo*, id quod hoc rescripto confirmatur.

Obiiciebatur huic sententiæ, quod heredem institui oportet, id autem non fieri illa oratione, *Lucius heres esto*. Respondent veteres & *in d. L. 1. & hic.* etiam videri hanc orationem nuncupationem esse, idest, lingua expressam, sed postea non plene scriptam esse, & ideo institutionem recipi, quasi minus scriptum sit, plus nuncupatum. Rursus obiicitur exemplum nuncupantis heredem, quem palam & plene nuncupare oportet. Huic obiectioni tacitæ occurritur in hoc rescripto, cum dicitur, solemnitatem iuris non debere mutilari errore scribentis: hoc enim perinde est, quasi diceretur, testatorem etiam in testamento scripto videri plenis verbis heredem instituisse. Sed quod postea plene scriptum non reperitur, magis contingere errore scribentis, quam testatoris voluntate, sive alius scripserit testamentum, sive testator ipse, cum festinando non est mirum aliquid omitti potuisse.

Sed cum huic verbo *Lucius* alia † verba adiici possint, ut perficiatur æque oratio, cur potius hæc verba intelligimus, *heres esto*, quam alia: possunt enim salva ratione sermonis recte intelligi *Lucius liber esto, Lucius fundum Cornel. capito.* Respondeo: Hæc ideo non accipimus, quia nihil horum convenit ad vim testamenti, sed sola heredis institutio. Deinde si aliud relictum intelligimus, semper incerta voluntas testatoris esset, quid relictum voluerit. Præterea solemne est in testamentis heredem instituere iis verbis, *Lucius heres esto*. Ob hanc caussam id sumimus, quod testamento consuetudine loquendi scribendique convenit, argum. in *L. si servus plur. §. ult. D. de L. 1.* 3

Ad L.

Ad L. Casus maioris. 8. Et seq. L. 9.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Marcellino.

Casus maioris ac novi contingentis ratione, adversus timorem contagionis, quæ testes deterret, licet aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamentorum solemnitas perempta est. Testes enim huiusmodi morbo oppressos eo tempore iungi atque sociari remissum est: non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est. Dat. VI. Kal. Iul. ipsis IV. & III. AA. Coss.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Patrocliæ.

Si non speciali privilegio patriæ tuæ iuris observatio relaxata est, & testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt: nullo iure testamentum valet. PP. X. Kal. Iul. ipsis IV. & III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *De numero testium in testamento requisito.*

2. *Præsentia testium in testamento an remittatur interdum.*

AD testamentum septem testes adhiberi oportet, de quo dicitur in *L. hac*
1 *consult. inf.* Hic numerus nullo † testium casu, aut morbo remittitur, quia inventus est ad testamentum muniendum adversus falsitatem. *L. ult. vers. cum enim, infr. de fideicomm.* His testibus præsentibus testator voluntatem suam testari debet, nec hæc quidem præsentia ullo casu remittitur, *L. seq.* hoc amplius, omnes simul testes præsentes esse oportet. Hæc vero necessitas † remittitur hoc casu, si 2
unus ex testibus cognita testatione testantis testamento subscripserit, & id obsignaverit, deinde oppresserit eum aliquis morbus, cuius contagionem reliqui testes metuant: nam hic concessum est, eum testem, qui in morbum incidit, submovere, ut reliquis solis præsentibus reliqua testatio peragatur, ut *hac in L. casus, in fin.*

Ad L. Si testamentum. 10.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Menophelimo.

Si testamentum iure factum sit, & heres sit capax, auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet. Dat. XV. Kalend. Aug. AA. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Testamentum iure perfectum rescindi non potest rescripto Principis.*

1 TEstamentum † iure perfectum rescripto Principis rescindi non oportet. Hoc non tantum dictum est rebus integris, sed etiam rescripto adversus testamentum impetrato: id est, rebus integris, si quis testamentum rescindi postulet, rescriptum ei denegatur, quia id postulare contra ius non debuerit. *L. 5. de precib. Imper. offer.* Sed etsi quis obrepserit Principi, & huiusmodi rescriptum impetravit, placet hoc rescriptum a iudicibus non admitti, *L. pen. eod. tit. supr. de precib. Imp. off.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Non idcirco. 11.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Zenoni.

Non idcirco minus iure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur. S. Dat. Prid. Idib. Novemb. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Testamentum furto sublatum an fiat vitiosum & vires suas perdat.*

1 RES furto † sublatæ non ideo vitiosæ sunt, aut naturam priorem mutant, cadunt quidem in vitium furti, idest, furtivæ esse incipiunt, §. *furtivæ*, *Instit. de usucap.* Sed nihilominus res ipsæ integræ manent, uti prius fuerant, tantumque eo furtum pertinet, ut illæ usucapi non possint, *d* §. *furtivæ*. Et si cæteræ res furto vitiosæ fierent, tamen non posset vitiari testamentum, quod surreptum esset: nam materia, in qua testamentum scriptum est, quæque surripitur, non est testamentum: sed sententia testatoris, quæ in ea materia scripta est, hæc testamentum est: hæc autem non surripitur. Proinde non potest dici hanc esse dubitationis caussam, quod testamentum furto factum sit vitiosum, ut quæratur, an propter furtum tabularum testamentum infirmetur. Hæc igitur potius dubitationis caussa est, quod testamento surrepto videtur aliquid accidere contra voluntatem testatoris: is enim testamentum claudendo, & sibi asservando, vult id secretum esse, ut solet esse mens testatorum, *L. hac consultiss. infr.* unde & secretum alienæ voluntatis appellatur, *L. captatorias*, *D. de her. instit.* Cum testamentum surripitur, evenit contra eius voluntatem, ut tunc fere retegatur, ut verisimile sit, testatorem eas tabulas ex illo valere nolle.

Rescriptum est, non ideo minus testamentum valere duabus de caussis. Primum, quia testator mortuus non potuit testamentum revocare propter furtum quod secutum est: mortui enim nulla voluntas est, *L.* 4. *D. locat.* Deinde, etsi vivo ei surreptum esset, & ob eam caussam testamentum surreptum valere nollet; tamen nihil ageret ea sola voluntate, quoniam testamentum semel iure perfectum non rumpitur, nisi alio testamento postea iure facto. *L.* 1. & 2. *D. de iniust. rupt.* Qua ratione admonemur, quotiescunque quæritur, an testamentum ab initio iure factum ob aliquem casum interveniente infirmetur, unam ex iis caussis adesse oportere ex quibus testamenta infirmantur, in quibus furtum testamenti non esse constat, de iis caussis agitur *in tit. Instit. quib. mod. test. infir.* & comprehensæ sunt *in d. L.* 1. *D. de iniust. rupt.*

Ad L.

Ad L. Si unus. 12.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Matronæ.

Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint: iure deficit testamentum. De his autem quæ interleta, sive suprascripta dicis, non ad iuris solemnitatem, sed ad fidei pertinent quæstionem: ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso hæc fuerint commissa. S. Dat. Prid. Non. Iul. Philippop. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Sententia huius legis.*
2. *Uno teste in testamento deficiente, corruit testamentum.*
3. *Testamentum an vitietur propter deleta in testamento.*
4. *Deletum a testatore consulto, sine exceptione non valet, sive legi possit, sive non; sed tamen interest an ante consummationem testamenti aut postea deletum sit.*
5. *Deletum a testatore inconsulto, si legi potest, valet, quandocunque deleverit: & quid si inconsulto deletum legi non possit.*
6. *Quid si ab alio aliquid deletum sit ut testamento.*
7. *Legis huius genuina & emendata lectio, dilucidiorque explicatio.*

1 SEntentia † est non solum, si omnia solemnia desunt in testamento, testamentum non valere, sed etiam si quid ex
2 his vel minimum desit, ut † unus testis, aut unius testis subscriptio, vel obsignatio, quæ referri debet, *L. si non speciale, & L. casus, supr. h. tit.* Inde quæ-
3 situm † de iis, quæ in testamento deleta sunt, an propter hæc testamentum vitietur? Et placet nihilominus cætera testamenti valere: hac ratione, quia quæ in testamento delentur, non pertinent ad iuris solemnitatem, idest, utrum nulla sit litura in testamento, an vero sit aliqua, non ex solemnibus testamenti, ut consequens sit, propter aliqua deleta, non idcirco cætera vitiari, quasi aliquid ex solemnibus desit. Sed hæc pertinent ad facti quæstionem, idest, indueunt quæstionem, quid hic factum sit, & quæritur, ut appareat, quis deleverit, & quomodo deleverit, & ut in rescripto scriptum est, ut appareat, utrum consulto a testatore emendata sint, an vero ab illo inconsulto deleta, an vero etiam ab alio falso hæc commissa sint.

Ideo autem rescriptum ait, de eo quærendum esse, quia quid ex iis fiat iure, multum interest. De iis autem hæc iuris summa est: Refert, utrum quid a testatore deletum sit, an ab alio. Si testator † 4
deleverit, siquidem consulto deletum, sine exceptione non valet, sive legi possit, sive non possit. *L. 1. in pr. D. de iis, quæ in test. del.* Solum hoc interest, utrum consulto deletum sit, ante testamenti consummationem, an post consummationem. Quod ante consummationem deletum, ipso iure non valet, quasi ab initio non scriptum, *d. L. 1. iuncto §. 1. in fin. & §. sed consulto.* Post consummationem autem consulto deletum ipso iure valet, sed petentes removentur exceptione, *d. L. 1. §. sed consulto.* Differentiæ ratio est; quia quod ante consummationem scriptum, pro non scripto est, cum testamentum tunc non valuerit. Quod autem post consummationem scriptum habetur, aliquando valet, ut si adhuc manet, non videatur ipso iure infirmatum esse; sed quia deficit voluntas testatoris, locus erit exceptioni doli mali, si legatarii contra voluntatem legatum petant.

Quod si † testator inconsulto delevit, 5
& legi potest, valet, quandocunque deleverit *L. 1. in pr. & d. §. sed consulto.* Si inconsulto deletum legi non potest, siquidem deletum est ante consummationem testamenti, non debetur. *d. L. 1. §. 1. vers. sed si legi.* Si post consummationem,

nem, omnimodo debetur, si aliter probari potest, quod relictum est, *d. L.* 1. *§. sed consulto*. Differentiæ ratio est, quam supra attigit, quia quod ante consummationem legi non potest, pro non scripto est. *d. L.* 1. *de iis, quæ in test. del.* Quæ post consummationem delentur, ea aliquando utiliter scripta, ac proinde casus ea non mutabit, ubi non desinit voluntas testatoris. Hæc dicta sunt de iis,
6 quæ delentur a testatore. Alia caussa † est eorum, quæ delentur ab alio. Nam sive consulto, sive inconsulto quid deletum sit ab alio, pro non deleto est, ne sit in potestate alterius mutare testatoris voluntatem, & nocere vel heredibus, vel legatariis: hoc significatur *in d. L.* 1. *in pr.* iis verbis: *Id vero quod non iussu, &c.* Quod tamen hactenus verum est, dum sciamus si quid deletum est ab alio, ut legi non possit, & deletum sit, ante consummationem testamenti, id non magis valere; quam si deletum sit a testatore, quod colligitur *ex d. L.* 1. *§.* 1. *vers. sed si legi*. Idque ob hanc caussam, quam supra dixi; quia pro non scripto habetur, quod ante consummationem legi non po-
7 test. Locus † autem hic valde corruptus est, & verba interpretatione indigent. Aiunt Imperatores; *De iis autem quæ interleta, vel conscripta sunt, &c.* Phrasis latinis usitata pro eo, quod est: *Quod ad ea attinet, quæ interleta sunt.* Legendum est autem non *suprascripta*, sed *superscripta*, agitur enim de iis, quæ in testamento delentur, expunguntur, aut cancellantur. *Suprascribere* autem non est delere, sed idem id scribere supra, ut bis legi possit. At *Superscribere* est aliis superinductis literis priores obliterare, quo modo maxime literæ delentur. Aiunt Imperatores: *Sed ad fidei pertinet quæstionem &c.* Nulla est in proposito fidei quæstio: nam in iis, quæ deleta sunt, quæstio est, a quo delata sint, & quomodo, id est, utrum a testatore, an ab alio, & utrum consulto, an inconsulto, ut postea sequitur. Hæc vero quæstio est de facto, non de fide & probatione facti.

Apparet igitur legendum esse; *Sed ad facti pertinet quæstionem*. Hic enim quæritur, quid factum sit, a quo, quomodo. Quod verbum prioribus convenientissime subiicitur: prius enim dixerant Imperatores, deleta non pertinere ad iuris solemnitatem. Iuris quæstioni optime opponitur facti quæstio, *L. mora, D. de usur.* Est autem hic sensus; *Ea, quæ deleta sunt, aut non deleta, non pertinent ad iuris solemnitatem, & ideo si quid deletum sit, ceteris partibus testamenti nihil nocet, sed inducunt facti quæstionem, ut quæratur, & quærendo appareat, a quo & quomodo deleta sint*, ut sequitur.

Aiunt Imperatores: *Emendationem meruerint, vel ab altero inconsulto deleta sint, &c.* perspicuum est, legendum esse, non *altero*, sed *ab illo*, intellige *testatorem*. Nam in persona testatoris delentis recte distinguitur, utrum ipse deleverit, emendandi caussa, idest, consulto; an vero ab eo inconsulto factum sit. At in altero, quam in testatore, hæc distinctio locum non habet. Sive enim consulto quid deletum sit ab altero, sive inconsulto, semper valet quod deletum est, si legi potest. Et ideo est hic loci sensus: *Quærendum esse, ut appareat, utrum quæ scripta sunt, consulto deleta sint voluntate testatoris, vel illo inconsulto deleta: An vero hæc eadem ab alio commissa sint falso, idest, vel consulto, vel inconsulto, utrumvis enim fecerit alius, si non iussu domini fecit, falso fecit.*

Ad L.

Ad L. Testandi, 13.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Euryphidæ.

Testandi caussa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa, non autem iurisdictionis mutare formam, vel iuri publico derogare cuiquam permissum est.

S U M M A R I A.

1. *Testari an liceat cuique suo arbitratu, spreta forma testamentorum iure publico constituta.* *Negatur, & rationibus fulcitur.* ibid.
2. *De iure publico & privato.*

1 Quæsitum † est, an liceat unicuique suo arbitratu testari, contempta ea forma testamentorum ordinandorum, quæ iure publico constituta est, præsertim si testator testatus sit, velle suam voluntatem ita ratam esse, cuiusmodi voluntatis explicatio refertur in *L. pen. §. ult. D. de leg.* 2. Movet dubitationem, quod libere testandi facultas permissa est iure publico omnibus. Et quidem iis verbis, ut ratum sit, *uti quisque rei suæ legassit*, L. *verb. legis de verb. sig. L. 1. supr. de sacrosanct. Eccles. §. disponat. Novel. de nupt.* Hoc loco declaratur nulli ita licere testari, posita ea ratione, ex qua id facile colligitur. Est autem ratio hæc, & collectio, quia testandi facultas permissa quidem est iure publico & libera, sed certis legibus idest, certis conditionibus, & certa forma præscripta, quam servemus in testando: iuris autem formam mutare, vel iuri publico derogare, nulli permissum est. Ex quo id facile colligitur, de quo quæsitum erat, nempe in proposito, idest, in facultate testandi, non licere formam suprascriptam mutare.

Ex quo apparet, hoc rescripto contineri argumentationem, cuius exprimitur propositio & assumptio. Conclusio prætermissa est, continens responsum ad quæstionem propositam, sed ideo omissa, quia ex iis, quæ antecedunt, facile intelligitur. Argumentatio est huiusmodi: iurisdictionis mutare formam, & iuri publico derogare, nulli permissum est. Facultas autem testandi permissa est certis legibus, idest, certa forma, quam servare oportet, idque iure publico. Proinde eam formam mutare, atque eo modo iuri publico derogare non licet. Quid ergo si contra factum erit? Respondeo: pœna hæc est iis omnibus, quæ contra legem fiunt, constituta, ut quod factum est, pro infecto sit, *L. non dubium sup. de legib.*

Partes huius argumentationis expendendæ sunt; propositio est, non licere mutare iurisdictionis formam. Iurisdictionis forma, est forma testandi iure constituta, forma idest, modus. Appellatur forma iurisdictionis; quia secundum formam iure constitutam, ius dici a magistratibus & iudicibus oportet: hi enim secundum leges & constitutiones iudicare debent. *Inst. de off. iud. in pr.* Itaque forma iuris, & forma iurisdictionis idem valent, non quod ius, & forma iurisdictionis eadem sint, sed quod forma primum constituitur iure; deinde constituta servatur in iure dicendo, ius formam hanc efficit constituendo hanc formam, hæc ita constituta efficit necessitatem iurisdicendi. Hanc formam mutare non licet, quia iuri publico derogaretur: iuri autem publico derogare non licet. ut sequitur: sententia est iuris certi, multis locis repetita. *L. quod bonis, D. ad L. Falcid. L. ita §. Iulianus, D. de administr. tut. L. ius publ. D. de pact.* Collecta sententia est ex eo, quod placet leges servandas esse, eamque esse auctoritatem legum in rebus omnibus, *L. 3. L. leges sacratiss. sup. de legib.* Si leges servandæ sunt, contra leges fieri non oportet, repugnant enim *servare legem*, & *contra legem facere*.

Sed † cur hic sit mentio publici, cum testandi facultas, de qua quæritur, sit iuris privati. Nam ius privatum definitur, quod ad utilitatem singulorum pertinet, *L. 1. §. huius, D. de iustit. & iur.* Ius autem 2

autem testandi pertinet ad singulos testatores; est enim de pecunia cuiusque privata, ut hoc rescripto declaratur, & verbis legis duodecim tabul. in *L. verbis leg. de verb. signific.*

Respondeo: Ius, quod ad utilitatem singulorum pertinet, recte idem ius dicitur & privatum & publicum diversis rationibus: Privatum dicitur, si res spectamus, de quibus constitutum est. Est enim de rebus privatis singulorum. Hoc sensu de testamentis ordinandis est iuris privati. Sed idem ius dicitur publicum, cum personas spectamus, ad quas pertinet. Est enim ius commune omnium civium Romanorum; unde publicum dicitur, quia fit totius populi ius, sed non universi quidem, sed singulorum ex populo, ita ius publicum dicitur, ut sit ius commune. Hoc modo ius publicum passim a nostris usurpatur & bonis auctoribus, ut *L. 2. sup. ne uxor pro marito. L. 1. sup. si adversus fiscum. L. amicissimos in fin. D. de excusat. tut. L. 1. vers. secundo cap. L. quod bonis, § 1. D. ad L. Falcid.* Quo sensu illud dictum est in Phormione,

An ne hoc quidem adipiscar ego quod ius publicum est?

ubi Demipho intelligebat ius de sua pecunia constitutum, sed ita constitutum, ut esset omnium civium commune. Hoc sensu dicimus iuri publico derogare non licere, quia nullius licet legibus derogare, sive ad statum Reipubl. pertineant, sive ad utilitatem singulorum, ut declaratur in *d. L. quod bonis, §. 1. D. ad L. Falcid.*

Derogare iuri publico est contra ius publicum, sive legem facere: contra legem autem facere, est facere quod lex vetat, *L. 3. D. de legib.* ut accidit in forma testamentis constituta. Sic enim hæc præscribitur legibus, ut iubeatur adhiberi: qui adhiberi iubet, omitti vetat. Proinde omittendo contra legem facimus, & iuri derogamus. Hæc definitio diligenter observanda est, ut intelligamus, non omnia, quæ permittuntur legibus, in necessitate iuris posita esse. Est enim certi iuris regula, licere unicuique his, quæ pro se introducta sunt, renuntiare, *L. pen. sup. de pact. L. si iudex, D. de minor.* Cur ergo id fit in una specie potius, quam in cæteris? quia dum iis renuntiamus, iuri non derogamus: in iis enim deferendis lex nihil iubet. Quod ut intelligatur, sciendum est, quædam simpliciter permitti, & concedi legibus, ut sunt actiones, quæ dantur legibus de rebus nostris privatis, ut sunt exceptiones, quæ dantur reo, ad defensionem; quædam fieri iubentur lege. Cum aliquid permittitur simpliciter, & conceditur, licet id non accipere, licet & reiicere, quia qui concedit, accipere non iubet. Et ideo cum iis renuntiamus, nihil fit contra legem; quia nihil fit secus, quam lex iubet. At ubi lex iubet, aut vetat, illic necessitas imponitur parendi, & si quid contra fit, tunc recte dicitur derogari legi. Assumptio hæc est: *Facultas testandi permissa est certis legibus.* Sic hæc verba accipimus, ut intelligamus, *permissam esse certis conditionibus & iure publico.* Nihil fit contra significationem verborum, quinimo leges usitate id significant. Sententia quoque ipsa per se verissima est, facultatem testandi permissam esse variis legibus, ut L. 12. tabul. *d. L. verbis l. de verb. significat.* & L. Falcid. r. & 2. cap. *L. 1. D. ad L. Falcid.* & Constitutione Iustiniani *d. Novell. de nupt. §. disponat.* Sed interpretatio huic loco non convenit, nam illa verba, quæ sunt extrema in rescripto, *iuris formam mutare non licere,* declarant in testandi facultate intellectam esse prius formam aliquam, de qua moranda agatur. & de qua mutata iuri publico derogetur. Proinde glossa optime hæc verba accipit sic, ut intelligatur facultas testandi permissa esse certis *Legibus,* idest, certis observationibus, vel melius, certis conditionibus, & certa forma præscripta. Nam *Lex* inter cætera conditionem significat: datum *ea lege,* idest, ea conditione: lex donationi adiecta est, idest, conditio donationi adiecta est, ut passim hæc significatio legentibus occurrit, & declaratur in *L. ea lege, & L. dictam, & iuncta L. si repetendi, supr. de condict. ob caussam dator.*

Et res ita habet. Certa forma testamenti ordinandi præstituta est iure publico, de qua in *L. hac consultiss. infr. Instit. de testam. ordin. & tit. de exhered. liber.* Non obstant hæ leges, quas supra enumeravimus, quibus libera potestas testandi unicuique permittitur. Sic enim libera est: ut tamen in quibusdam rebus coangustata sit aliis legibus, ut nominatim dicitur in *d. L. verbis L. D. de verb. sig.* His positis efficitur sua sponte conclusio, idest, id quod responderi hoc rescripto dicimus, nempe formam suprascriptam in testando mutari non licere, ne iuri publico derogetur.

Sed tamen huic parti quædam opponuntur. Nam testamentum est de re privata, & familiari; unicuique ideo licere pacisci

paciſci, & ſua voluntate licere in eo deteriorem ſuam conditionem facere: proinde & in teſtamentis ordinandis licere ei formæ renuntiare, *L. iurisgent. §. ſi paciſcor, L. pactum, D. de pact.* Reſp. Quod dicitur, licere de re privata paciſci & cavere, ut lubet, ſic intelligendum eſt: ſi nihil obſtet, quam res privata, de qua agitur. Cæterum ſi lex, aut boni mores vetent, paciſci non licet, quanvis res ſit privata. Exemplum habemus in Senatuſconſulto Velleiano, quo cautum eſt, ne mulieres pro aliis intercedant, *L. 1. D. ad Senatuſconſult. Velleian.*

Deinde & hoc obſtat, quod facultas teſtandi, & omnis forma teſtamenti ordinandi introducitur pro teſtatoribus ne videlicet aliquid falſi adverſus eorum voluntatem admittatur *L. ult. infr. de fideicom.* Sic autem ius est, ut ſupra dixi: Licere unicuique iuri pro ſe introducto renuntiare. Reſpondeo: Verum est, hanc formam teſtatorum cauſſa maxime introductam eſſe, ſed non ſolum teſtatorum, verum utilitatis publicæ gratia, ut falſis occurratur, cuius rei indicium erit in omnibus rebus, quoties ita lex aliquid permittat, ut tamen in eo aliquid fieri aut omitti iubeat. Quod enim lex iubet, auctoritati ſuæ reſervat, eoque privati arbitrio non permittit.

Ad L. Non codicillum. 14.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Achilleo.

Non codicillum, ſed teſtamentum aviam veſtram facere voluiſſe, inſtitutio & exheredatio facta probant evidenter. Subſcr. Idib. Decemb. CC. Coſſ.

S U M M A R I U M.

1. *Defunctum teſtamentum facere voluiſſe, unde intelligamus.*

QUI teſtamentum facere voluit, neque illud perfecit, inteſtatus decedit, & ita decedit, ut quæ ſcriptura tanquam teſtamentum non valet, codicillos non faciat, quanvis alioqui per ſe ut codicilli valuerint, niſi habeat a teſtatore, ut ſaltem valeret iure codicillorum. Hæc in *L. ult. §. illud, infr. de codicill. L. coheredi, §. cum filiæ* illic *alioquin, D. de pupill. & vulgar. ſubſtit.* Quo fit, ut nihil ex ea ſcriptura debeatur ex iis, quæ inde relicta ſunt. *L. 1. D. de iur. codicill.*

1 Hinc † quæſtio huius loci: unde intelligamus, defunctum teſtamentum facere voluiſſe? Et ſi quidem defunctus nominatim ſcripſit ſuum hoc teſtamentum eſſe, res expedita eſt: Sin de eo nihil dixit, res deciditur hic: videri eum teſtamentum facere voluiſſe, qui in ea ſcriptura heredem inſtituit, aut exheredavit, nempe coniectura voluntatis certa ducta ex eo, quod proprium eſt ſolius teſtamenti. Nam hereditas neque dari, neque adimi codicillis poteſt, eoque neque quiſquam exheredari iis poteſt, *§. ult. Inſtitut. de codicill.*

Ad L. Quoniam. 15.

Imp. Constantinus A. ad populum.

Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas & iudicia mortuorum: placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis & directis verbis fiat, aut inflexis. Nec enim interest si dicatur: Heredem facio, vel instituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit. *Sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio. Nec necessaria sunt momenta verborum, quæ forte seminecis & balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnium verborum necessitas: ut qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere, & quibuscunque verbis uti, liberam habeant facultatem. S. Dat. Kal. Febr. Serdicæ, Constantio A. II. & Constante A CC. Coss.*

S U M M A R I A.

1. *Summa huius constitutionis.*
2. *Quacunque in materia scribitur, testamentum ratum est.*
3. *Solemnia verba institutionis heredis cur dicantur imperativa & directa, & quæ sint, & cur civilia.*
4. *Fideicommissi verba dicuntur precaria, & sunt obliqua.*
5. *Veteres cur putarint verba directa ex iure civili esse, cætera precaria non esse.*
6. *Legare quid.*
7. *Verbis non inhærendum, sed menti & voluntati contrahentium.*

1 SUmma constitutionis expressa est in extremis verbis. Est † autem hæc: in qua materia testamentum scribatur, nihil refert, sed nec quibus verbis heres instituatur, dummodo constet quem testator sibi heredem esse voluerit. Hæc ita constituta veteres initio tabulis scripserunt; unde etsi res mutata sit postea; tamen vetus nomen tabularum mansit, quo etiam iuris auctores passim utuntur, dum tabulas testamenti nominant. Sed iam olim obtinuit inventis aliis materiis idoneis ad
2 scribendum, ut † quacunque materia scriberetur testamentum, ratum esset, *L. 1. in pr. D. de bon. poss.* Id ius hic confirmatur. Quod ad heredis institutionem at-
3 tinet, ante hæc tempora † solemnibus verbis heredem institui oportebat. Erant autem hæc, *L. Titius heres esto*, ut colligitur *ex L. 1. D. de hered. instit.* Et Ulpianus docet *in tit. de hered. instit. in frag.*

Hæc verba dicuntur hoc loco imperativa & directa. Cur imperativa, notum est. Dicuntur directa, quia iis verbis efficitur, ut hereditas perveniat directe, seu recta ad heredem institutum, ut intelligimus *ex §. ult. Inst. de sing. reb. per fideicomm. relict.* Eadem dicta sunt civilia *L. verbis legis, D. de vulg. subst.* Ideo; quia sola hæc in hereditate danda iure civili agnoscebantur, quæ omnia dicta sunt, ut distinguerentur hæc verba a fideicommissariis, idest, iis, quibus vel hereditas, vel res aliqua singolaris per fideicommissum relinquitur. Hæc non imperant, sed petunt & rogant, ut quis fideicommissum restituat, ut sunt verba fideicommissi, *§. ult. Inst. de sin. reb. per fid. relict.*
Unde fideicommissi verba † dicuntur pre- 4
caria, qua ratione directa institutio opponitur precariæ in *L. quærebatur*, versic. *quinimo, D. de milit. test.*

Hæc eadem non sunt directa, sed obliqua, & ut hic appellantur, inflexa, quia fidei-

fideicommissum non recta capitur a testatore, sed interposita persona eius, qui rogatur, ut fideicommissum restituat, ut de hereditate fideicommissaria declaratur *in §. inprimis, Instit. de fideicom. her.* De singulis autem rebus declaratur *in tit. de singul. reb. per fideicom. rel.* Hæc vere inflexa & obliqua via est, per quam id quidem agitur, ut res ad fideicommissarium perveniat, sed non recta a testatore; verum adhibito eo, a quo res accipiatur. Eadem verba non sunt civilia, sive iuris civilis, & ob hanc caussam initio fideicommissa nullam vim habuerunt, etiamsi postea translata sint in necessitatem, *tit. de fideicom. her. in pr.*

5 Cur † autem veteres putarint verba directa, & imperativa ex iure civili esse, cætera vero precaria non esse, sumptum est ex verbis legis 12. tabul. his: *uti quisque legassit suæ rei*, &c. *L. verbis legis, de verb. sign.* Legare auctore † 6
Ulpiano *in frag. de legatis* est relinquere legis modo, idest, imperative. Sed recte Imperatores posteriores iudicaverunt ineptum † esse verbis inhærere, cum sententia 7
testatoris constat, & ideo fere in omnibus speciebus negotiorum solemnitatem verborum repudiarunt, satis habentibus, si quibuscunque verbis constet, quid scriptor, quid testator, quid contrahentes scripserint, ut in heredis institutione hic constitutum est de legatis in *L. in legatis, infr. de legat.* De actionibus instituendis, & earum formulis in *L. 1. 2. sup. de formul. & imp. act. sublat.*

Ad L. Non dubium. 16.

Impp. Gratianus, Valent. & Theodos. AA. Eutropio.

Non dubium, nec incertum est, sicut Imperatoribus, ita qualibet dignitate, vel potestate decoratis viris, tam hereditatem, quam legatum, seu fideicommissum relinqui posse. §. 1. *Illud etiam adiiciendum est, qui ex testamento, vel ab intestato heres exstiterit: etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates legibus non sit subnixa: tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat. S. Dat. Kal. Iul. Thessalonicæ, Gratiano V. & Theodosio AA. Coss.*

S U M M A R I A.

1. *Princeps & magistratus an possit capere ex testamento alterius, & an etiam possit legare.*
2. *Princeps an sit civis Romanus.*
3. *Legata & fideicommissa inutiliter relicta an & quando debeantur.*
4. *Heres si ex pluribus legatis quædam solverit, an etiam reliqua præstanda obligetur.*

DUÆ sunt hic sententiæ. Prior est; Principi, & cuivis magistratui hereditatem & legatum testamento recte re-
1 linqui. Quæsitum est, † quæ fuerit caussa cur de hac re dubitaretur, cum omnibus liceat ex testamento capere, nisi nominatim prohibeantur: ineptum sit autem de Principe, aut magistratu dubitare, qui plus iuris habent, quam aut rusticus, aut mercator, qui possunt ex testamento capere: quod nusquam dubitatum legimus, & sine probabili dubitatione inepta & consultatio & responsio est, *L. Domitius, D. h. t.* Non est autem probabile, quod Accursius cæteris consentientibus scribit, hanc dubitandi caussam esse; quia non videatur esse sani hominis, relinquere ditioribus, & præsertim Principibus. Nam si in iis, quæ relinquuntur, habetur honos iis, quibus relinquitur: nihil magis convenit, quam relinquere Principi, idest, ei honorem habere, non ad eum augendum, qui nimio plus habet, sed ad submissi obsequii & benevolentis animi significationem.

Præterea scimus etiam constitutum esse de Principibus, licere iis nimirum testamentum facere, *L. cum heredes, in fin. sup. tit. prox.* cui in constitutione superior ratio dubitandi convenire non potest.

Illic

Illic enim non relinquitur Principi, sed Princeps dat, nempe dives pauperioribus. Mihi videtur dubitatio nata ex L. Falcidia, & similibus legibus. Nam 1. & 2. *cap. eius Legis*, cavetur de eis, qui legare testamento possunt, & quibus possint, iis verbis: *ut civis Romanus civi Romano legare possit*, quibus verbis cæteri excluduntur. Non videtur † autem
2 Princeps esse in numero civium, quia cives subditi sunt: Princeps autem imperium habet in subditos & universum populum, *L. 1. D. de const. princip.* Qua ratione fit, ut non tantum dubitetur, an Princeps possit capere ex alterius testamento, sed etiam an possit legare testamento?

Huic dubitationi occurritur his constitutionibus, quibus cavetur, & Principem posse relinquere, & capere ex testamento. Et recte duabus de caussis; quia & Princeps civis est, quia eorum omnium, qui sunt in orbe Romano, & aliquo imperio, unum est corpus, cuius membra sunt subditi, caput vero Princeps: neque eo minus caput ex corpore est, quia caput præest cæteris membris. Deinde, etsi Princeps civis non esset; tamen ex superioribus legibus admitti eum oporteret. Nam si ius legandi & capiendi ex alieno testamento datur inferioribus, multo magis ex sententia legis Principi, & magistratibus idem est tribuendum, quibus plus iuris tribuitum esse constat.

3 Posterior sententia est hæc: legata † & fideicommissa inutiliter relicta, puta imperfecto testamento, aut imperfectis codicillis iure ipso non debentur, ut constat ex imperfecto testamento nihil deberi, *ex L. 3 sup. §. pen. & ult. Inst. quib. mod. testam. inf.* Placet tamen si heredes vel scripti, vel legitimi agnoverunt voluntatem defuncti, legata deberi, & ideo si ultro solvant, non repetent. *L. 2. infr. de fideicom.* Si non solverunt, nihilominus necesse præstare habebunt id, quod hic cautum est. Agnoscere voluntatem intelligitur heres, aut præstando legatum, aut promittendo. Præstando, si legatum menstruum est, aut annuum, & id tribus annis saltem præstitit. Nam ex eo tempore non tantum manere debent, quæ iam soluta sunt, sed etiam obligatur heres ad futuri temporis præstationem, ut est constitutum in *L. 1. inf. de fideicom.* Promittendo obligatur heres, si stipulanti legatario, aut fideicommissario promittat, se soluturum, *L. si veritas, inf. de fideicom. L. ult. inf. ad L. Falcid.* ubi constitutio scripta est de eo, qui cautionem legati non debiti emisit, cautio stipulatio est, *L. sancimus, inf. commun. de legat.*

Hæc res dubitationem non habet: quia constat unumquemque ex stipulatione obligari, *§. de constituta, Inst. de act.* At si quid heres tantum pacto promisit præstiturum se sine stipulatione, ex *d. L. si veritas, & d. L. ult. ad L. Falcid.* colligitur heredem non obligari, quia ii loci stipulationem exigunt, quod & verum est. Nam ex pacto actio non nascitur iure civili, *L. iurisgent. §. sed cum nulla, §. quinimo, D. de pact. L. legem sup. de pact.* Plane si heres aliquando pactus est se præstiturum, & iterum idem paciscatur, obligabitur. Nam iure prætorio obligatur quisque de constituta pecunia, si constituat se soluturum, quod prius debebatur, etiam natura; *d. §. de constituta. Inst. de act. d. L. 1. §. pen. & ult. D. de constitut. pecun.* heres autem, qui iterum idem promittit pacto, constituere intelligitur, quod prius promiserat, & constituit, quod ex natura debebat. Nam priore pacto solum natura obligabatur, *L. in his, § Imper. D. de solut.* arg. *in L. 1. in pr. D. de pact.* Quod si heres absentibus legatariis dixerit, se agnoscere voluntatem defuncti, ea res legatario non proderit: nam qui ex pacto non obligatur, multo minus sine pacto obligabitur. Superior agnitio autem & pollicitatio pactum esse non potest, cum pactum sit duorum pluriumve in idem consensus, *L. 1. D. de pact. L. 3. D. de pollicitatio.*

Quid si heres † ex pluribus legatis quædam solverit, an etiam ad reliqua præstanda obligatur? Negat Accursius recte 4
ex ult. sup. ne uxor. pro marito. Nihil enim prohibet heredem in unum beneficium conferre, ut in cæteros nolit: liberum cuique autem esse debet, quomodo & erga quos libertatem exerceat, *L. 1. & 2. D. de precar.* Hoc tamen locum non habet ex constitutione Iustiniani in iis legatis, quæ relicta sunt supra dodrantem hereditatis, & minuuntur per legem Falcidiam. Placuit enim Iustiniano, si heres vel unum legatum integrum præstiterit, sibi necessitatem afferre, & cætera solide præstandi, *Auth. sed cum testator, inf. ad L. Falcid.* Sed hoc singulari iure constituitur, ut voluntas testatoris conservaretur in eo legato, quod alioquin iure valet, quod ad cætera legata iure inutilia transferri non debet.

Ad L.

Ad L. Testamentum. 17.

Impp. Arcadius & Honor. AA. Æternali *proconsuli* Asiæ.

Testamentum non ideo infirmari debebit, quod diversis hoc deficiens nominibus appellavit, cum superflua non noceant. Namque necessaria prætermissa imminuunt contractus, & testatoris officiunt voluntati, non abundans cautela. Datum XII. Kal. April. Arcadio IV. & Honorio III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Superflua & supervacua neque testamento, neque ulli negotio nocent.*
2. *Verba superflua quæ sint.*
3. *Res iure inutiles quæ sint, & an actum totum vitient.*

Testamento si quid deest, ex iis, quæ testamento desiderantur nullius momenti testamentum est, *L. si unus, sup.* quia testamentum imperfectum est, non est autem testamentum, quod non est perfectum; unde dicimus imperfectum quoque testamentum non valere. At si testamento rite perfecto aliquid adiicitur, quod ad testamentum & voluntatem supremam defuncti nihil pertinet, etsi in verbis omne superfluum vitiosum sit; tamen in sententia nihil mutatur, & nihilominus testamentum valet. Re enim perfecta, quidquid adiicitur, pro supervacuo
1 est. Supervacua † neque testamento, neque ullo negotio nocent; quia perinde sunt, ac si adiecta non essent, *L. quæ extrinsecus, de verb. oblig.* Unde dicitur; Non solent, quæ abundant, vitiare scripturam, *L. non solent, de reg. iur.* Quod in specie testamenti hic confirmatur, in contractibus autem confirmatur in *d. L. qui extrinsecus.*

Observandum est autem, loqui nos de verbis superfluis & abundantibus, non au-
2 tem de rebus inutilibus iure. Verba † superflua sunt, quæ ad sententiam nihil pertinent, sive quæ de sententia priore nihil mutant, ut si testator initio testamenti scribat, suum hoc testamentum esse quod sequitur, esse suum supremum elogium, esse suam supremam voluntatem, quod exemplum est, de quo in rescripto Imperatores consulti erant; eiusmodi verba, si qua sunt, ea nunquam nocent iis, quæ vere & serio scripta sunt. At res † iure 3
inutiles sunt, quæ adiectæ sententiam mutant; sed iure vetantur adiici, ut proinde adiectio inutilis sit. Hæ possunt esse huiusmodi, ut si adiiciantur; non tantum ipsæ inutiliter adiiciantur, sed reliquum etiam totum actum vitient, ut si conditio, aut dies adiiciatur emancipationi, aut similibus actibus legitimis, *L. actus, de reg. iur.* Ut si in fideiussore constituendo promittantur decem, aut Stichus nomine eius debitoris, qui decem tantum debuit. Nam adiectio Stichi totam facit inutilem fideiussoriam obligationem, *L. Græce, §. quis Stichum, D. de fideiuss.* Sed hæc nihil adversantur huic loco. Nam ut dies & conditio & Stichus ad sententiam eorum, quæ geruntur, pertinet. Est enim longe alia caussa & sententia eius, qui decem tantum debet, alia eius, qui decem, aut Stichum. Proinde non sunt hæc superflua ad sententiam, quare ad hunc locum non pertinent.

Ad L.

Ad L. Testamenta. 18.

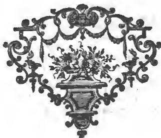
Impp. Arcadius & Honor. AA. Africano *praefecto* urbi.

Testamenta omnia, caeteraque quae apud officium censuale publicari solent, in eodem loco referventur, nec usquam permittatur fieri ulla translatio. Mos namque retinendus est fidelissimae vetustatis: quem si quis in hac urbe voluerit mutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem. Dat. XII. Kal. Octob. Constantinop. Caesario & Attico Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Testamentum publicandum apud quem referari debeat.*

QUÆ utilitas esset testamentum publicari apud idoneos magistratus, intellectum est ex *L.* 2. *super*. Ob
1 hanc caussam † si quis testamentum publicari velit, cavetur hoc loco, ut referetur, idest, aperiatur apud magistratum census, si modo publicetur in urbe Constantinopoli, neque publicatio alio, idest, ad alios magistratus transferatur. Hanc esse sententiam huius constitutionis liquet ex *L. hac consultiss. infr. h. t.* ubi statim in principio proponitur haec sententia, & deinceps pluribus verbis confirmatur, & nominatim adiicitur ex constitutione duorum Principum, quae hic refertur. Itaque non est haec constitutio de eo, ut testamenta publicata referentur apud magistratum census, sed ut publicanda referentur, quo etiam modo legendum est, ut & alii recte monuerunt, praesertim cum verbum, *referaretur*, extet in eadem constit. C. Theod.



Ad L.

Ad L. Omnium. 19.

Impp. Honorius & Theodoſius AA. Ioanni PP.

Omnium teſtamentorum ſolemnitatem ſuperare videtur, quod inſertum mera fide precibus inter tot nobiles probataſque perſonas etiam conſcientiam Principis tenet. Sicut ergo ſecurus erit, qui actis cuiuſcunque iudicis, aut municipum, aut auribus privatorum, mentis ſuæ poſtremum publicavit iudicium: ita nec de eius unquam ſucceſſione tractabitur, qui nobis mediis, & toto iure (quod in noſtris eſt ſcriniis conſtitutum) teſte ſuccedit. Nec ſane illud heredibus nocere permittimus, ſi reſcripta noſtra nihil de eadem voluntate reſponderint. Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere: ne poſt ſententiam noſtram inhibitum videatur commutationis arbitrium: cum hoc ipſum, quod per ſupplicationem noſtris auribus intimatur, ita demum firmum ſit, ſi ultimum comprobetur, nec contra iudicium ſuum defunctus poſtea veniſſe detegatur. Ne quid ſane prætermiſiſſe credamur: huiuſmodi inſtitutionis ſucceſſoribus deſignatis, omnia quæ ſcriptis heredibus competunt, iubemus eos habere, nec ſuper bonorum poſſeſſionis petitione ullam controverſiam naſci: cum pro herede agere cuncta ſufficiat, & ius omne ipſa complere aditio videatur. Omnibus etenim præſtandum eſſe cenſemus, ut libero arbitrio, cui teſtandi facultas ſuppetit, ſucceſſorem ſuum oblatis precibus poſſit declarare: & ſtabile ſciat eſſe quod fecerit. Nec inſtitutus heres pertimeſcat, cum oblatas preces ſecundum voluntatem defuncti idoneis teſtibus poſſit approbare, ſi ei alia nocere non poſſunt. Dat. XII. Kal. Mart. Ravennæ, poſt conſulatum Honorii, VIII, & Theodoſii, V. AA.

S U M M A R I A.

1. *Duæ rationes recte ordinandi teſtamenti novæ & ſingulares.*
2. *Preces hic quid.* *Teſtamentum precibus Principi inſertum cur valeat, & unde habeat fidem & auctoritatem.*
3. *Scrinia ſua quid vocent Principes.*
4. *Proximi ſacrorum ſcriniorum qui.*
5. *Scriniorum diverſæ ſpecies.*
6. *Principem omnia habere in ſcrinio pectoris, error eſt interpretum quorundam puerilis.*
7. *Teſtamentum precibus inſertum eandem habere vim, ac cætera privata, non maiorem, nec minorem.*
8. *Teſtamentum actis iudicis cuiuſque inſinuari poteſt, & quam fidem habeat ita ordinatum & n. 9.*
10. *Teſtamenti precibus inſerti publicam eſſe fidem.*
11. *Contrariis occurritur.*
12. *Qui habeantur* idonei teſtes *in extremo reſcripti.*

SI quis vitare velit eam diligentiam; quæ in teſtamentis privatis deſideratur ex iure communi in *L. hac conſultiſ.*
1 *infr.*, duæ † hic rationes recte ordinandi teſtamenti conſtituuntur novæ, & ſingulares. Una eſt in precibus Imperatori offerendis: altera in teſtamento actis publicis cuiuſvis iudicis inſinuando. Prior hoc continet, ut teſtator teſtamentum ſuum precibus inſerat, quod fit mera fide, ideſt, certa & indubitata probatione; deinde eas preces offerat Principi: hac oblatione ſola conſequetur, ut teſtamentum ratum ſit, & ita ratum, ut omnium teſtamentorum ſolemnitatem ſuperet. Preces † ſunt libelli 2
ſupplices, qui offeruntur Principi de hoc teſta-

testamento recipiendo, & cognoscendo. Unde quæ in principio dicuntur hic preces, postea appellatur supplicatio in *vers. voluntates etenim*, hic usus verbi declaratur *tit. de precib. Imper. offer. L. precib. supr. de impub. & al. infr.*

Auctoritas, & fides huic testamento conciliatur ex his rebus. Intelligendum est enim, preces Principi oblatas solere postea legi in consistorio Principis; deinde has referri in scrinia Principis, quibus ea acta continentur. Sic fit, ut hæ preces habeant testem, & conscium Principem, cuius testimonium omnium testimoniis est maius. Deinde habet testes omnes nobiles, & probatas personas, quæ sunt in consistorio Principis, quod *in pr. hoc loco* declaratur. Postremo testificantur iis precibus scrinia illius Principis. Hoc colligitur ex verbis: *Non tractabitur de successione eius, qui nobis mediis, idest, intervenientibus, & toto iure, (quod in scriniis nostris est constitutum) teste succedit*. Scrinia † sua Principes vocant, quæ

3 in usu iuris dicuntur *scrinia Principis*, & *scrinia sacra*, quibus qui præfecti sunt, di-

4 cuntur proximi † sacrorum scriniorum, *tit. de prox. sac. scrin. inf. lib. 11.*

5 Hæc scrinia † sunt arcæ, seu capsulæ, in quibus acta Principum recondebantur, sive ad administrationem Reipublicæ pertinerent, sive ad iurisdictionem. Ex quibus quædam dicebantur scrinia memoriæ, quædam epistolarum, quædam libellorum, idest, libellorum supplicum, quos hic preces dicimus, ut indicatur *in L. 5. & 6. inf. de prox. sacror. scrin.* In iis continebatur totum ius Principis, quia epistolæ continebant constitutiones generales ad provincias. Libelli supplices habebant adiuncta rescripta, & responsa Principum de specie libello comprehensa, quæ omnia erant partes constitutionum, ut declarat Theophil. *in §. sed & quod Principi, Instit. de iur. nat. gent. & civ.*

Ex quo intelligitur, puerilem esse errorem eorum interpretum, qui ex iis verbis collegerunt tritum illud, non minus falsum, quam alienum ab hoc loco, Princi-

6 pem † habere omnia iura in scrinio pectoris, quasi scrinia hic significent recessus mentis Principis, aut quasi ius, quod isti esse volunt in pectore Principis testificetur aliquid, ac non testimonium omne sit in lingua, aut scripto Principis.

Hactenus Imperatores volunt eiusmodi testamentum precibus insertum iure optimo valere. Adiiciunt, quatenus valeat in vers. *nec sane, usque ad fin.* Est autem hæc summa; huius testamenti eandem vim esse, quæ etiam cuiuslibet testamenti privati solemniter facti, sed eandem, non maiorem. Eandem † esse, iis rebus de- 7 monstratur. Primum, quemadmodum cætera testamenta privata non desiderant alienam auctoritatem, & approbationem, *L. illa institutio, D. de her. instit.* Sic nec testamentum precibus insertum desiderat approbationem Principis, quanvis illi sit oblatum. Nam & sine ullo eius responso testamentum valebit, *vers. nec sane h. l.* Deinde, ut testamenta privata rite facta, iure civili valent confirmata L. 12. tab. *L. obvenire, de verb. sig.* Unde ex quovis testamento hereditas sola aditione acquiri potest. Ita & ex testamento precibus inserto, heres sola aditione hereditatis hereditatem acquiret, nec erit necessaria agnitio bonorum possessoris, *vers. ne quid sane, h. t.*

Rursus huius testamenti vim non minorem esse, quam cæterorum privatorum, declaratur in hac constitutione his verbis. Primum, ut privata testamenta rite facta, ita valent, ut tamen testator mutare ea possit alio facto rite. *L. 1. & 2. D. de iniust. rupt. §. 1. Instit. quib mod. test. infirm.* Sic etiam testamentum precibus insertum licebit testatori quandocunque volet, mutare alio testamento item recte facto, nec obstabit auctoritas Principis *d. vers. ne quid sane, h. t.* Deinde, ut cætera testamenta solemniter facta hactenus valent, si non cætera refragentur, puta si hoc accedit, ut testator testandi ius habuerit, ut non sint præteriti liberi, qui in potestate testatoris fuerunt. Sic & testamentum precibus insertum ita deferet hereditatem heredi testamento scripto, si cætera quoque concurrant, sine quibus testamentum valere non potest; ex quibus si quid deerit, non magis testamentum valebit, quam cætera privata. Hoc additum est in extremo huius constitutionis, ex quo colligimus, si eiusmodi testamento precibus inserto postumus testatoris præteritus fuerit, deinde natus vivo testatore, eodem etiam vivo decesserit, ex hoc testamento hereditatem iure civili adire non posse, *L. postumus, D. de iniust. rupt.* Sed nec posse ex hac constitutione propter extrema hæc verba: *Si heredi alia nocere non possunt*. Ex quo reliquum est, ut huic heredi solum relinquatur remedium bonorum possessionis ex iure prætorio, secundum tabulas testamenti *ex d. L. postumus*. Nec obstat pars constitutionis huius, ubi cavetur, *non esse necesse heredi agnoscere bonorum possessionem*, hoc enim postea extremis illis verbis

bis colligitur *nisi heredi alia non noceant*.
8 Altera ratio testamenti ordinandi rite † hic constituitur, ut testamentum actis iudicis cuiuvis insinuetur, quod constituitur in principio legis, in iis verbis: *sicut ergo securus erit*. Id autem ita transigitur: qui testamentum hoc modo facere volet, adibit quenvis iudicem sedentem ibi apud acta, nuncupabit voluntatem suam supremam, idest, dicet, quos sibi heredes velit esse, & quæ quibus legari velit, petetque, ut hæc voluntas in acta publica referatur, &, ut hic loquimur, ut actis insinuetur. Acta hæc fidem publicam habent, non tantum privatam: supra in *L. testamenta, prox. tit.* cautum est, ut testamenta aperiantur apud magistratum censum tantum in urbe Constantinopoli, quia de testamento iam facto illic agitur, quod postea heredes velint aperiri, & publicari apud iudices. Hic autem agitur de testamento faciendo ab initio, & ideo nihil contrarii constituitur, cum hic permittitur testamentum fieri, & publicari apud quemvis iudicem, ut recte Bartolus animadvertit. Est autem, ut cœperam di-
9 cere, huius † testamenti actis insinuati fides publica, ut prolatis actis statim probetur testamentum, nullis aliis testibus adhibitis, qui necessarii non sunt, ubi publica monumenta sufficiunt, ut scribitur in *L. in donationibus, inf. de donat.* Quod si de actis cuiusvis iudicis recte dicitur, eoque & de testamento actis insi-
10 nuato: multo magis † probandum est, eius testamenti, quod insertum est precibus Principi oblatis fidem publicam & auctoritatem esse, sine ullis aliis testibus, tantummodo ut fides ex scriniis libellorum Principis petatur: nam acta Principis omnibus aliis potiora sunt actibus.
11 Sed videntur obstare † extrema huius L. verba, quibus ita scribitur: *nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare*. Ex iis verbis vulgo colligunt ad fidem huius testamenti confirmandam saltem heredem institutum probare debere preces esse oblatas Principi, idque probari posse saltem duobus testibus, quia numerus hic expressus non est, iuxta *L. ubi numerus test. D. de testib.* Sed hunc locum ita interpretari non licet. Est enim hæc probatio heredi omnino inutilis, si non progredimur longius: non enim sufficit aliquas preces esse oblatas Principi, nisi etiam dicatur testamentum illis precibus insertum esse, quo testamento hic heres institutus sit, qui se heredem dicit, ut cautum est *in pr. h. t.* At tale testamentum esse aliquod, non probatur duobus testibus. Et sane periculose id constituitur: nam facile subornabuntur duo testes, qui dicant, se interfuisse, cum defunctus offerret preces Principi, & se legisse testamentum precibus comprehensum; deinde redditas esse preces defuncto, ut sic illi testes refutari
non possint. Ergo idonei testes † hic in- 12
telligendi sunt illi, qui commemorantur *in pr. h. L.* & in illis verbis, *qui nobis mediis*. Et præterea omnes consistoriales. Postremo ipsa scrinia Principis in quæ hæ preces libelli supplicis relatæ sint. Neque ideo necesse erit, cum de fide huius testamenti agitur, citari Principem, aut cæteros consistoriales; quia satis erit, recurrere ad scrinia libellorum Principis, in quibus reconditæ fuerint hæ preces testamentum defuncti continentes, quemadmodum fieret testamento cuiuslibet actis insinuato. Et hoc est, quod Imperatores dicunt, necesse non esse, ut heres his precibus institutus pertimescat, cum habeat probationem tam idoneorum testium, eamque tam facilem, atque expeditam.

Ad L. Nolumus, 20.

Impp. Honorii & Theodosii edictum ad populum urbis Constantinopolitanæ & omnes provinciales.

Nolumus convelli deficientium scriptas iure ac solemniter voluntates, dum quoddam morientis supremum & non scriptum processisse confirmatur arbitrium, tanquam patrimonium suum ad nos deficiens maluerit pertinere. Omnibus enim privatis & militantibus interdicimus, ne huiusmodi perhibeant testimonia: & falsi criminis reos teneri præcipimus, si cum scriptæ iure, ac solemniter deficientium extiterint voluntates non scriptum aliquid sub nostrorum nominum mentione falso adstruere moliantur. Nemo itaque relictus heres vel legibus ad successionem vocatus: nostrum vel potentium nomen horrescat: nemo ferre testimonia in hunc modum, vel suscipere in gestis huiusmodi voces audeat nostro vel etiam privatorum potentium nomine, Dat. VII. Id. Mart. Constantinop. Theodosio A. VII. & Palladio Coss.

S U M M A R I A.

1. *Principes testamento non scripto institui heredes non possunt, scripto possunt.*

Quod constitutum in *L. non dubium sup.* Principem heredem institui posse, † & quosvis homines potentes, non minus, quam privatum quemlibet; id temperatur hac constitutione singulari iure, ut Principes & potentes homines recte instituantur, si instituuntur testamento scripto. Si dicuntur autem instituti esse testamento non scripto, cavetur hac constitutione, ne id testamentum ullo modo admittatur, neve ulli testes pro eo testimonium dicant, pœna falsi indicta, si qui testes testimonium dicant. Idque ita vult esse constitutio, ut eiusmodi testamentum neque noceat heredibus scriptis alio testamento, de quo cavetur in prin., neque noceat etiam heredibus legitimis, quod cavetur in *vers. extremo, h. L.* Hanc constitutionem Accursius & Bartolus ita acceperunt, si testamentum non scriptum non esset solemne; quod si solemne esset, absurdum putarunt dici, eo testamento Principem institui non posse, & contra *L. non dubium, sup.* Quæ sententia aliis omnibus displicuit, & merito: nam in hac constitutione nihil distinguitur, sed simpliciter improbatur testamentum non scriptum, in quo Princeps non scriptus sit. Proinde nec distingui oportet, *arg. L. item veniunt, L. item aiunt, vers. a quo D. de her. pet. L. de pretio, D. de publiciana*. Deinde stulte caveretur hac constitutione de testamento non scripto, si intelligeremus non solemne, quia nec scriptum testamentum valet, si sit imperfectum, quanvis Princeps in eo scriptus sit. Recte igitur dicimus, constitutionem hanc repudiare omne non scriptum testamentum, in quo dicatur Princeps heres nuncupatus esse. Non obstat, quod scriptum est in *L. non dub. sup.* Nam hac lege excipitur testamentum non scriptum, in quo heres nuncupetur, & in toto iure generi derogatur per speciem, *L. in toto, de reg. iur.* Excipiendi caussa & ratio hæc fuit, ut occurreretur præsenti periculo, quod imminet, si eiusmodi testamenta admitti cœperint; nam in gratiam Principis & potentium hominum facile reperientur, qui mentiantur se audivisse, cum defunctus diceret se velle Principem sibi heredem esse.

Ad L.

Ad L. Hac consultissima, 21.

Impp. Theod. & Valent. AA. Florentino. PP.

Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quæ in eo scripta sunt, consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam, involutamque proferre scripturam vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam & subscribendam: dum tamen testibus præsentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto, & testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus & consignantibus testamentum valere: nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quæ in eo scripta sunt testamento. Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat: octavo subscriptore pro eo adhibito, eadem servari decernimus. In omnibus autem testamentis, quæ præsentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem & testes adhibere, & dictare suum arbitrium, & finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum: sufficiet uno tempore, eodemque die, nullo actu [extraneo] interveniente, testes omnes, videlicet simul, nec diversis temporibus subscribere, signareque testamentum. Finem autem testamenti subscriptiones & singula testium esse decernimus. Non subscriptum autem a testibus ac non signatum testamentum pro infecto haberi convenit.

SUMMARIA.

1. *Forma & ratio testamenti faciendi duplex.*
2. *Publicum testamentum quod, & quot modis fiat.*
3. *Privatum testamentum quod: eius rite faciendi forma duplex: aut enim fit scripto, aut nuncupatione.*
4. *In testamento scripto quæ sint observanda. Tres huiusmodi observationis partes summæ & quæ.*
5. *Testes qui in testamento adhibentur sunt rogandi: & quare.*
6. *Rogati qui intelligantur.*
7. *Numerus testium in testamento adhibendorum.*
8. *Testes quales adhiberi oporteat, & qui prohibeantur, qui non.*
9. *Filiusfam. non est idoneus testis in testamento patris, nisi sit emancipatus, aut testetur iam miles de castrensi peculio.*
10. *Heres non potest esse testis in testamento; legatarii, & quare.*
11. *Conditio testium hic requisita quo tempore sit spectanda.*
12. *Hæc lex removet eos testes omnes qui aliis legibus excluduntur; & brevitas eius commendatur.*
13. *In testatione & declaratione voluntatis testatoris quæ exigantur.*
14. *In subscriptione & consignatione testamenti quæ exigantur.*
15. *Solemnia testamenti an uno contextu sint peragenda, & quando remittantur in contagione.*
16. *Actus extraneus an & quando vitiet testamentum.*
17. *Solemnia testamenti quæ sint, & quare sic dicantur. Eadem interdum aucta aut relaxata.*
18. *Aucta solemnia in testamento Cæci.*
19. *Relaxata in tribus generibus testamentorum: ea quæ sint.*
20. *Tribus illis accedere quartum testamenti genus, & quale sit.*

PRæscribitur hac L. diligenter forma privati testamenti faciendi. Sed *privati* dixi. Cæterum † in universum si ra-
1
tionem testamenti rite faciendi tenere volumus, ea duplex est. Licet enim iure testamentum ita facere, ut aut publicum sit, aut

2 aut privatum. Publicum dicimus, † cuius fides est publica fine ullis testibus, ut monimenta publica dicuntur, *L. in donationibus, infr. de donat.* Privatum, cuius fides posita est in privatis testibus. Publicum fit duobus modis, aut testamento precibus inserto, & precibus principi oblatis: aut testamento actis cuiusvis iudicis insinuato: de quibus speciebus comprehensum est *L. omnium, supr. h. t.* ubi dictum.
3 Privatum † est testamentum, quod nihil illorum habet, sed fit testibus privatis adhibitis. Id genus testamenti eam observationem desiderat, quæ hac constitutione præscripta est.

Ea observatio duplex est, uti ratio declarandæ voluntatis supremæ duplex. Permissum est enim iure, voluntatem declarare aut scripto aliquo, aut per nuncupationem sine ulla scriptura *§. ult. Inst. de test. ord.* Aliud testamentum scriptum desiderat: aliud id, quod fit per nuncupationem, quæ genera ordine persequitur hæc constitutio De scripto agitur in pr. De eo, quod fit per nuncupationem, agitur in *§. per nuncupationem.* His adiicitur hæc sententia, si quid eorum desit, quæ hac constitutione comprehensa sunt, imperfectum testamentum esse, cuius testamenti quæ sit vis declaratur in *§. ex imperfecto, & §. si quis autem.* Hæc summa est huius constitutionis.

4 Quæ † in testamento scripto observanda sint, ut facilius intelligatur, eius observationis partes notandæ sunt, & expendendæ. Sunt autem tres summæ partes huius observationis, & tres quasi quidam actus. Prima pars posita est in testibus necessariis adhibendis: altera in voluntate coram his declaranda: tertia, in testium subscriptione & obsignatione, quæ ita adhiberi oportet, ut & testatio testatoris, & subscriptio testium, & obsignatio fieri debeat
5 uno contextu actionis. Prima † pars, ut dictum est, est in testibus necessariis adhibendis. In ea primum exigitur, ut rogentur testes, quos ad testamentum testes esse volumus, ut expressum est in hac constitutione *in pr.* Quod ideo hic cavetur, quia alioqui etiam non rogati testes recte fidem faciunt *L. ad fidem, D. de testib.*
6 Rogati † intelliguntur etiam, qui primo ad alium actum rogati, deinde cum in eodem loco manerent, admoniti sunt, se iterum ad testamentum adhiberi, *L. heredes, §. in test. D. qui test. fac. poss.*

Testes necessarios adhiberi oportet. Necessarii intelliguntur & numero & conditione. Numero septem esse debent, ut expressum est *hac constit. in pr. & §. sed cum paulatim Instit. eo.* Qui † numerus 7
ideo exigitur a veteribus, ut occurreretur periculo falsi, quod præcipue imminere solet in testamentis alienis confingendis, ut testis est Iustin. *in L. ult. §. cum enim, inf. de fideicom.* De conditione testium comprehensum est hac L. iis verbis, *ut cives Romanos puberes esse oportet*, ut si verba hæc sequimur, consequens sit eum, qui adhibuerit cives Romanos puberes, recte testari, quod secus esse constat ex *§. testes, Inst. eo. de test. ord.* Quare hic locus paulo pluribus indiget, ut sciamus † quales testes adhiberi 8
oporteat. De eo igitur sic statuendum est, omnes idoneos esse testes, qui esse non prohibentur. *L. 1. §. 1. D. de testib.*

Prohibentur alii natura, alii lege. Natura, qui etiamsi velint, tamen testimonium præbere non possunt. Huius generis sunt, qui aut non intelligunt, quod agitur, vel morbo animi, vel ætate impediti; quo in numero sunt furiosus, mentecaptus, prodigus, impubes, aut qui ea, quæ geruntur, sensu percipere non possunt, non videre, ut cœci, non audire, ut surdi: aut qui ea, quæ perceperunt, eloqui non possunt, ut muti, de quibus comprehensum est in *§. testes, Inst. eod.* Omissus est illic cœcus, sed hic satis excluditur, eo quod exigitur a testibus, ut subscribant, in qua subscriptione continetur, quis & cuius testamentum subscripserit, ut suo loco dicetur, quæ cœcus præstare non potest. De impubere & furioso est & in *L. qui testamento. in pr. & §. nec furiosus quidem, D. qui test. fac. poss.*

Eorum, qui prohibentur lege testes esse, quidam prohibentur in totum ipsa conditione personæ; quidam in quibusdam tantum testamentis, idque ob privatas caussas in id testamentum incidentes. Removentur in totum, partim qui cives Romani non sunt, partim etiam qui sunt. Omnes, qui cives Romani non sunt, testes esse non possunt, neque in testamentis, neque in aliis rebus, quia iuris civilis communionem non habent. Eorum duo sunt genera, unum servorum, alterum deportatorum. Servi cives Romani non sunt, quia omnes cives Romani liberi sunt, *§. ult. in fin. Inst. de libert.* Ob hanc caussam servus removetur, ne sit in testamento testis. *d. §. testes, Inst. h. L. qui testamento, §. servus, D. h. t.* Quod tamen ita temperatum est constitutionibus, nisi servus eo tempore, quo testamentum fit, omnium consensu habeatur liber, *§. sed cum aliquis, Inst. h. t. & L. 1. sup. h. t.*

De

Digitized by Google

De deportatis nihil aperte cautum legimus, sed satis removentur verbis huius constitutionis, cum iubentur testes esse cives Romani. Nam deportati ex numero civium Romanorum exterminantur deportatione, *§. cum autem, Instit. quib. mod. ius pat. pot. §. minor, Inst. de cap. demin. L. 2. D. de pœn.*

Sed & inter cives Romanos quidam in totum prohibentur testes ad testamentum adhiberi. Eorum tres sunt ordines: primus ordo est fœminarum, mulier ad testamentum adhiberi prohibetur, cæteris in rebus omnibus testis esse potest. *d. L. qui testam. §. mulier. D. b. t. d. §. testes, Inst. b. t.* Quod apparet proprio iure constitutum esse in testamentis, ad eam cautionem, quam adversus periculum falsi exigi supra dictum. Secundus ordo est eorum, qui iudicio publico damnati sunt, & testes iudicio esse prohibentur, *d. L. qui testa. §. eum, qui lege, D. b. tit.* ubi in Pandectis Florentinis ita legitur: *Eum, qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse.* Existimo legendum esse omnium consensu, *Non*. Quia ratio illic subiecta non potest convenire, nisi orationi negativæ. Et præterea hunc adhiberi non posse, diserte scriptum est in *L. repetundarum, D. de testib.* Tertius ordo est eorum, qui iubentur lege esse intestabiles, de quibus cautum est *in Inst. d. §. testes, b. tit.* In hoc numero est is, qui ob carmen famosum damnatus est, *L. is, cui lege, §. ult. D. qui testam. fac. L. ob carmen, D. de testib.* In eodem numero refertur a Theophilo is, qui cum ad testamentum adhibitus esset testis, postea signa sua recognoscere noluit; *d. §. testes, Instit. b. tit.* sed hoc an ita sit, fides penes auctorem erit. Nam de eo in libris nostris nihil scriptum legimus.

Sunt etiam, ut dixi, qui conditione personæ alioqui idonei testes in quibusdam testamentis ob privatas caussas removentur. Privatæ hæ caussæ duæ sunt: primum potestas inter testatorem, & testem constituta; deinde etiam negotium testamenti, quod inter testatorem & testem geritur. Propter potestatem non est ido-
9 neus testis † in testamento patris filiusfamilias, *§. in testibus, Instit. hic L. qui testamento, in pr. D. b. t.* Quod si filius sit emancipatus, placet hunc recte testem adhiberi, ut colligitur liquido *ex d. L. qui testamento, D. b. t.* Non obstat, quod dicitur *in L. testibus, D. de testib.* Testem idoneum non esse filium patri, aut patrem filio; nam cum filius adhibetur testis in testamento patris, revera non est testis patri, sed heredi & iis, qui ex testamento aliquid capiunt, ad quos commodum testamenti proprie pertinet. Sed nec e converso ob eam caussam, si filiusfamilias miles post missionem testamentum facit de peculio castrensi & quasi castrensi, ut facere potest intra annum, ei testamento pater adhiberi potest, *d. §. in testibus. Institut. b. t.*

Quod si ante missionem filius testatur, impune adhibetur testis pater, ob privilegium militum. Idque est, quod significatur in *d. L. qui testam. §. per contrarium, D. b. t.* Cur ergo prohibetur adhiberi ad hoc testamentum? Ratio hæc redditur ex *§. in testibus.* quia reprobatum est in hac re domesticum testimonium. Domesticum hic accipere non debemus domestici testimonium, quia constat patrem filio domesticum non esse, de cuius testimonio illic agitur. Sed domesticum testimonium illic dicitur testimonium eorum, qui sunt ex eadem domo, idest, familia, quorum unus est in alterius potestate. Quod testimonium ideo prohibitum est, non quia habet aliquam suspicionem, alioqui etiam emancipati filii testimonium prohiberetur, sed quia pater & filius, qui in eius potestate est, eadem persona esse intelliguntur *L. ult. in fin. de impub. & aliis subst.* Oportet autem alium esse testatorem, alium testem.

Negotium, quod inter testatorem, & testem geritur, non omne removet testem a testimonio, sed negotium testamenti, quod inter eos geritur. Id autem geri intelligitur inter testatorem, & heredem, quia heres hereditatem accipit, & per hanc succedit in locum & ius omne defuncti. Non autem geritur inter testatorem, & legatarios, qui iuris successores non sunt. Ob hanc caussam prohibetur heres † testis esse, in testamento legatarii 10
non item, *§. sed neque heres, & §. legatariis Inst. b. t.* Et quoniam prohibetur heres testis esse, ideo prohibentur omnes, qui sunt in eius potestate, *d. §. sed neque.* Quoniam qui in potestate alterius sunt, eadem persona esse existimatur, *d. L. ult. in fin. infr. de impub.*

Sed quomodo legatarii admittuntur ad testimonium in testamento, cum regula iuris sit, nullum idoneum testem esse in re sua *L. nullus D. de testib.* Respond. Primum legatarii res non agitur principaliter in testamento, sed heredis tantum, & si heres hereditatem non adierit, ex testamento nihil debebitur. *L. eam quam, infr. de fideicom.* Id autem spectare solemus,

mus, quod sit principaliter, non autem quod per consequentiam, *L. 1. D. de auct. tut.* Deinde cum septem testes adhibentur in testamento, facile numerus testium ab omni suspicione vindicat testimonium legatarii, accedentibus præsertim reliquis observationibus.

11 Atque hæc † conditio est testium, de qua hoc notandum est; cum de ea quæretur, hanc spectandam esse, quo tempore fit testamentum. *L. ad testium, §. conditionem, D. qui test. fac. poss.* Proinde si quis eo tempore non est idoneus testis, nihil proderit testamento, si postea idoneus esse cœperit. Et contra, si eo tempore fuit idoneus, puta sanæ mentis, & liber, conditionem eius postea mutatam esse, testamento nihil nocet, *d. L. ad testium.*

Sed hoc loco existit dubitatio. Nam cum tam multi prohibentur testes esse, quemadmodum multos prohiberi diximus ex *§. testes, & §§. seqq. in Instit. h. t.* necesse est videri eam omnem enumerationem contrariam esse huic legi, in qua iidem testes non removentur. Nam ex hac lege satis est testamentum factum esse septem testibus adhibitis præsentibus, civibus Romanis, puberibus, quod negatur in *dd. §§.* cum alii tam multi testes esse prohibeantur, qui verbis huius legis non removentur. Cum enim dicimus, aliquos testes prohiberi a testimonio, hoc dicimus, si adhibiti sint; testamentum non valere: dicendum est itaque, nisi iidem quoque testes removeantur hac lege, superiora
12 huic legi esse contraria. Sed † qui aliis locis testes removentur nominatim, hi prohibentur hac lege tacite, & per interpretationem, quæ ex his non difficile colligitur. Nam hi, quos natura testes esse non posse dictum, satis removentur iis verbis legis, quibus iubetur, ut testator testetur testibus septem præsentibus: nam nemo eorum, qui non percipiunt, quod geritur, satis recte præsens dici potest, *L. coram, & L. apud, ult. D. de verb. sign.* Qui cives Romani non sunt, aperte excluduntur iis verbis, quibus exiguntur cives Romani. Iisdem verbis excluditur & mulier. Nam cives Romani appellantur hic masculino genere, idque ἀρσενικῶς, ut non contineantur fœminæ. Qui autem prohibentur aliis legibus testimonium dicere, ii excluduntur verbo testium, quos hæc lex vult adhiberi. Ad extremum filius, qui in potestate est testatoris, itemque heres in testamento scriptus, satis excluduntur verbis huius legis, quibus lex iubet testatorem testari septem testibus præsentibus. His enim verbis vult alium esse testatorem, alium testem. Proinde in numero testium vetat testatorem esse, quo constituto excluditur filiusfamilias testatoris. Nam hic personam testatoris habet, ut supradictum. Excluditur etiam heres, quia hic quodammodo testator est. Negotium enim testamenti non tantum ab testatore est, sed etiam ab herede tanquam altero testatore. Sic fit, ut nihil ex aliis locis contrarium sit in hac parte huic constitutioni, & simul appareat, hanc constitutionem dilucide, & breviter scriptam esse, quæ maxima legislatoris laus est.

Testibus necessariis adhibitis, secunda pars eorum, quæ observari debent in testamento faciendo, est in testatione, & declaratione voluntatis testatoris. In hac testatione † non exigitur, ut testator coram 13
testibus dicat, quæ fieri volt post mortem suam, puta ut heredem palam nominet, & ea, quæ præstari vult. Nihil horum testes scire necesse est, sed voluntate prius scripto comprehensa, satis est testatorem eam scripturam proferre etiam clausam, & involutam, ideoque ea testificabitur *h. L. in pr. & vers. quo facto.* In hac scriptura, quoniam ab aliquo scriptam esse oportet, notandum est, nihil interesse, a quo scripta sit, utrum a testatore, vel ab alio quovis etiam servo, *h. L. in pr. & L. servus, D. h. t.* Iustinianus nova postea constitutione exegerat, ut saltem nomen heredis scriberetur a testatore, aut ita nuncuparetur palam, ut scriberetur a testibus *L. iubemus, inf. h. t.* Sed postea & hoc Novella constitutione repudiavit, & ad ius hoc antiquum rediit, *Auth. sed non observato, inf. h. t.* Ne hoc quidem interest, quando materia scripta sit a testatore, utrum inspicientibus testibus, an multo ante tempore, puta 10. annis, cum non sit necesse testes scire, quæ in testamento contineantur *h. L. vers. in omnibus.*

Hanc scripturam tenens testator, aut alioqui demonstrans, dicat præsentibus testibus hoc suum testamentum esse, quod offertur, & simul fidei caussa ei testes subscribant, si noverint literas, si non noverint, adhibeatur octavus testis, qui subscribat, *h. L. in pr. primi respons. & vers. quod si literas.* Subscriptio continebit, cuius sit testimonium, *arg. in L. pen. D. qui test. fac. poss.* Sed necessitatem huius subscriptionis remisit Iustinianus hac conditione, si testator manu totum testamentum scripserit, & subscripserit sua manu scriptum esse, *L. cum antiquitas, §. ult. infr.*

Digitized by Google

infr. h. t. Hoc ita geſto petet teſtator a teſtibus, ut ipſi teſtimonium præbere velint, ideſt, ut loquitur hæc conſtitutio, ſcripturam illis offeret ſignandam, & ſubſcribendam, *h. t. in pr.*

Hoc loco monendi ſumus, etſi exigatur, ut fiat hæc teſtatio teſtibus præſentibus; non tamen exigi a teſtibus, ut ſermonem teſtatoris in eo intelligant, & latino homine teſtamentum faciente, ſi Græcus teſtis adhibitus ſit, qui latine neſciat, nihilominus teſtatio peragetur, dummodo teſtis ſenſu percipiat, cui rei ſit adhibitus, *L. qui teſtamento*, *§. ult. D. h. t.* Sed qui poteſt ſenſu percipere, quid agatur, qui ſermonem teſtatoris non intelligit? Reſp. facile percipiet hoc modo, ſi admonitus initio ſe adhiberi ad teſtamentum, poſtea videat teſtatorem tabulas tenentem, iis ſubſcribentem, deinde offerentem ſeptem perſonis præſentibus, eaſque ſubſcribentes, & ſubſignantes, quæ omnia ſunt propria teſtamenti. Sed huic occurritur *ex L. heredis*, *§. in teſtamentis*, *D. h. t.* ubi definitur ita rogatos videri teſtes ad teſtamentum, ſi certiorentur ſe ad teſtamentum adhibitos. Non poſſunt huius rei certiores fieri, niſi qui moniti intelligant, quid dicatur. Porro omnes teſtes in teſtamento rogare oportet. Reſpondeo: Non ſunt hæc contraria. Fatendum eſt eos rogandos eſſe initio, & eo ſermone, ut intelligant ſe ad teſtamentum adhiberi. Sed cum hoc factum erit, & teſtimonii præbendi cauſſa convenerint, dicimus non eſſe neceſſe teſtationem teſtatoris ab illis intelligi, ex verbis ſcilicet teſtatoris, ſed ſufficere, ſi ſenſu percipiant, quid agatur, eo modo, quo dixi.

Reſtat tertia pars poſita in teſtimonio
14 teſtium. Ea hæc † continet, ut teſtes oblatam ſcripturam a teſtatore uti rogati ſunt, ita ſubſcribant, & ſubſignent, *h. L. verſ. quo facto*, & *verſ. in omnib. circ. fin.* Subſcriptio hoc continet, ut proprio chirographo, ideſt, propria ſcriptura annotet, quis huius teſtamentum obſignaverit, *L. pen. D. h. t.* Subſignare autem debent annulo, qui habet characterem, & breviter annulo ſignatorio, placetque Romanis teſtes alia materia, alia re ſignare non potuiſſe, quanvis aliis rebus homines ſignare poſſint, & ſoleant, non minus commode hoc in *L. ad teſtium*, *§. pen. D. h. t. qui teſt. fac. poſſ.* Sed dummodo teſtamentum obſignetur, quid ad rem materia pertinet, qua teſtamentum ſignetur? Reſpondeo Nihil in hac re ſecuti ſunt veteres, niſi quod Romani annulis ad ſignandum uti ſolebant, in eo morem uſitatum ſervari volunt, propterea, quod in rebus novis inſtituendis ſemper aliqua ineſt falſi ſuſpicio, in uſitatis nulla. Falſi autem ſuſpicionem penitus a teſtamento abeſſe voluerunt.

Quo annulo ſignent teſtes teſtamentum, nihil refert, etiam alieno, atque adeo teſtatoris annulo ſignare poſſunt, *§. poſſunt*, *Inſtit. eod. L. ad teſtium*, *§. ſi ab aliquo D. h. t.* Neque in hac re metuendum eſt, ne quid falſi admittatur propter confuſionem ſignorum, cum poſſit fieri, ut unus poſſit imprimere ſeptem ſigna. Nam ſubſcriptio ſingulorum teſtium adiecta, ſingulorum ſigna diſtinguit, & diſcernit. Ut enim, ut dictum, ſinguli ſubſcribunt, cuius teſtamentum ſignarint, & ſingulorum ſubſcriptio ſingulis ſignis ſubiicitur, ut declaratur *d. L. pen. D. h. t.* hæc duo coniunctim exiguntur ſubſcriptio & obſignatio teſtium, ut ſi unus ſubſcripſerit, perinde habeatur, quaſi teſtis adhibitus non eſſet, ideſt, ſit teſtamentum pro infecto, *h. L.* verſ. *in omnibus*, illic *non ſubſcriptum autem*, *L. ad teſtium*, *§. ſi quis ex teſtibus*, *D. h. t.*

Adeo autem ſigna teſtium ad vim teſtamenti ſunt neceſſaria, ut quanvis hæc ab initio recte poſita ſint; ſi tamen poſtea turbata ſint a teſtatore, teſtamentum pro infecto habeatur, quaſi nec ab initio ſignatum. *L. ad teſtium*, *§. ſi ſigna*, *D. h. t.* Dicuntur autem ſigna tunc turbata, cum aut convelluntur, aut deletur character, aut denique aliquo modo efficitur, ut dignoſci non poſſit. Utrum autem aliquid non ſit, aut non appareat, nihil intereſt. Multo igitur magis & tunc reſcindetur teſtamentum, cum teſtator reſignaverit. Eſt enim reſignare teſtamentum, ſignis amotis aperire, ut recognoſcas, *L. ſi teſtamentum*, *D. h. t.* Placet tamen hoc caſu, ut ibidem ſcriptum, eum teſtamentum ſemel reſignatum iterum obſignatur ab iiſdem teſtibus, ſine ulla ſubſcriptione teſtamentum valere.

At enim prius & ſubſcriptionem & obſignationem requirebamus. Reſp. Satis videntur ſubſcribere teſtes, cum priores ſubſcriptiones recognoſcunt & probant, exemplo militis. Nam ſi teſtamentum ante militiam factum miles factus probet, tunc teſtamentum feciſſe iure militari intelligitur, cum probarit, *L. Titius*, *in fin. D. de milit. teſtam*

Sed in iis etiam hæc cautio eſt, ut & † 15
conteſtatio teſtatoris, de qua in ſecunda parte comprehenſum eſt, & hæ ſubſcriptiones & obſignationes teſtium, de quibus modo dictum, hæc, inquam, omnia fiant

fiant simul eodemque tempore, ut est in vers. *in omnibus, cir. fin.* Simul hæc peragenda sunt, idest, omnibus testibus præsentibus. His autem verbis hoc continetur, quod est in *L. qui testamento, §. ult. D. h. t.* Nempe omnes testes durare debere, donec suprema contestatio peragatur. Hic exceptum est, nisi casus aliquis, & contagio testem occuparit, propter quam fiat, ne cæteri testes eius contagione infici velint. Hoc casu coniunctio testium remissa est, ut licet is, qui in eum morbum incidit, subducatur, vel cæteri secedant; nihilominus tamen testamentum recte peragatur.

Et hæc est sententia *L. casus sup. h. t.* Quo loco notandum est, propter hunc casum contagionis solum remitti coniunctionem testium, ne sit necesse omnes simul eodem loco manere. Cætera autem solemnia non remitti, ut illic scriptum est. Unde intelligimus testem, qui ita in morbum incidit, non prius subduci posse, quam contestationem testatoris audiverit, & ea audita testamentum obsignarit, & subscripserit.

Præterea superiora peragi debent eodem tempore. Id autem est, quod dicitur in *L. heredes, §. ult. D. h. t.* Solemnia peragi debere uno contextu actus, sive actionis. Atque illic definitur, rem geri uno contextu, cum nullus extraneus actus intermisceetur, & adiicitur; extraneum eum videri, qui ad testamentum non pertinet, etiamsi sit brevissimus. Ad testamentum pertinere actus extraneus intelligitur, qui ad declarandam, aut confirmandam voluntatem spectat, ut si memoriæ caussa quærantur a testatore codicilli, in quibus scriptum sit, de quo se admoneri velit; aut si desit atramentum, aut calami ad scribendum, vel signa, aut cera ad obsignandum, & hæc per aliquod intervallum requirantur, & parentur, qui eiusmodi actus est, is non extraneus intelligitur. Et quamvis brevis sit, placebat veteribus hunc interrumpere testamentum, quamvis quæ deerant, postea secuta essent adhibitis iisdem testibus subscribentibus, & obsignantibus.

16 Sed hoc posterius temperatum est † constitutione Iustiniani in *L. antiquitas, infr. h. t.* qua cavet, ne extraneus actus noceret testamento, si duo concurrant. I. Si necessitas valetudinis, aut naturæ eum actum expresserit. II. Si sit is actus, quem constat natura brevem esse, veluti si cibus necessarius, aut potio, & medicamentum præbeatur ægroto, aut si venter exoneretur, & quæ sunt similia. Quod si testator in morbum aliquem inciderit, qui actionem interrumperet, placuit testamentum pro infecto esse, etiamsi testator una cum iisdem testibus ad reliqua testamenti peragenda redierit. Nec interesset, quantus morbus, longus, an brevis: nam etiamsi brevis fuerit; tamen eum talem futurum natura non constabat. His ita peractis, finis est, & consummatio testamenti, ut h. L. scriptum est, *vers. in omnibus*, illic, *finem autem*.

Atque hæc omnis observatio est usitata & solemnis, unde & quæ in hac observatione † continentur, dicuntur usitato 17
verbo Solemnia testamenti, quasi solita fieri, & observari iure communi & publico, *L. qui testamento, §. Servus, §. ult. D. h. t. L. 1. D. de iniust. rupt.* Sed hæc necessitate exigente quibusdam in testamentis aucta sunt, in quibusdam relaxata. Aucta sunt hæc † in testamento cœci, *L. 18
hac consultiss. supr. prox. tit.* ubi exigitur præter scripturam testamenti, ut cœcus palam nuncupet voluntatem suam coram testibus: præter septem testes, exigitur octavus, qui dictante cœco excipiat testamentum, & iis quidem ex testibus non quivis, sed tabellarius, si sit in iis locis eius copia.

Eadem relaxata sunt † tribus in generi- 19
bus testamentorum. I. In testamento rusticanorum; deinde in testamento parentum, quod fit inter liberos: tum in testamento posteriore, in quo quidem heredes, qui priori testamento scripti erant, & ab intestato succedere poterant, heredes instituti sunt. De testamento rusticanorum constitutum est in *L. ult. infr. h. t.* Qua constitutione in summa remisit Iustinianus numerum testium rusticis, & subscriptiones; sed utrumque certa conditione. Numerum, ut quinque saltem testes adhibeantur, si plures in eo loco, in quo testamentum fit, facile reperiri non possint. Subscriptiones: si testes literarum periti, eo loco non reperiantur. Hoc accedere voluit, ut iis casibus duobus, rusticus palam enuntiaret voluntatem suam coram testibus. De testamento parentum inter liberos sequitur in *hac L. in §. ex imperfecto*, ubi testamenti genus exponetur. De posteriore testamento comprehensum est in *d. L. § si quis autem*. Quartum † genus adiicere possumus, quo re- 20
linquitur aliquid ad pias caussas, genus simile illi, quo pater testatur inter liberos.

Ad. §.

Ad §. Ex imperfecto.

Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona: certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nulla haberi, sed liberis accrescere.

SUMMARIA.

1. *Imperfectum testamentum nullius esse momenti: nisi quod parentes inter liberos fecerunt: & quomodo quibusve testibus parentis esse testamentum probetur.*
2. *Imperfectum testamentum duplex.*
3. *Testamentum imperfectum parentum an valere debeat inter liberos.*
4. *Et qui verbo* parentum *comprehendantur.*
5. *Pater non potest testamento imperfecto liberis tutorem dare.*
6. *Item nulli præter liberos quidquam eo testamento relinquere.*

Hic statuitur ea sententia, quæ supra multis modis confirmata est: imper-
1 fectum testamentum, idest, † cui aliquid ex solemnibus superioribus deest, nullius momenti esse. Huc pertinet *L.* 3. *& L. testandi, supr.* Excipitur hic testamentum imperfectum, quod parentes inter liberos fecerunt, id valere placet. Sed *inter liberos* dixi, in quo quærendum est, quale testamentum hic valeat, quorum, inter quos, & quatenus valeat. Placet valere imperfectum testamentum Id hoc loco imperfectum dici constat ex præcedentibus, in quo solemnia iuris defuerunt. Proinde sive subscriptiones, sive subsignationes desint testium, sive iustus numerus, sive hæc omnia simul, nihilominus tamen testamentum valere. Quod sic accipiendum est, dummodo prius constet testamentum parentis esse, quod ita constabit, si probetur legitimis probationibus, ut de militis testamento responsum est. *L. Lucius, D. de milit. test.* Idque ex regula iuris certi, qua efficitur unumquemque quod dicit, probare debere, actore autem non probante reum absolvi, *L.* 2. *D. de probat. L. qui accusare, supr. de edend.*

Legitimæ probationes in hac re sunt instrumenta, & testes. *L. in exercendis, sup. de fid. instrum.* Ergo sola scriptura parentis de divisione bonorum inter liberos sufficit, si modo constet esse scriptum patris, & præterea voluisse patrem in ea voluntate decedere, de quibus si erit controversia, testibus rem probare oportet, qui fidem facient etiam sine ulla scriptura. Si quæritur, quot testibus ad eam rem sit opus, utemur in eo regula iuris, ubi numerus testium non adiicitur, duos sufficere, *L. ubi numerus, D. de testibus.* inter hos etiam mulier recte admittetur. Nam quod dicitur mulierem ad testamentum adhiberi testem non posse, *L. qui testamento, §. mulier, D. h. t.* de iis testamentis dicitur, quæ ex solemnibus iuris peragenda sunt. Nam inter solemnia testamenti numerandum est, quod mulier a testamento removetur, *§ testes autem, §. sed cum paulatim, Instit. h. t.* in testamento autem imperfecto, de quo hic, solemnia iuris non spectantur, & extra solemnia recte adhibetur testis mulier in negotiis omnibus. *d. L. qui testamento, §. qui mulier.*

Sed an omne imperfectum testamentum valebit ex hac constitutione? Nam imper-
fectum † duplex est, quoddam imperfe- 2
ctum est a solemnibus, in quo solemnia testamentorum defuerunt, de quo hic præcipue: quoddam imperfectum est a voluntate, cum testator voluntatem, quam instituerat testari, non perfecit, ut eum is volebat tres heredes instituere, quibusdam institutis obmutuit, *L. si is, qui testamentum, D. h. t.* Hoc posterius genus constat itidem, ut prius iure communi non valere. *d. L. si is, qui testam. D. h. t.*
Hoc † quærimus, an si sit testamentum 3.
patris, valere debeat inter liberos? Nam hæc constitutio generale scriptum est de omni testamento imperfecto. Distinguemus: nam si heredes a testatore omissi extra-

extranei fuerint, nihilominus testamentum valebit inter liberos institutos. Quoniam etsi extranei isti scripti essent, tamen pro non scriptis haberentur ex hoc §. Proinde non exspectabimus, ut instituantur, non enim nocet factum non esse, quod si factum esset, nihil prodesset. *L. si quis ita scripserit, D. de hered. instit.* Quod si parens ex liberis, quos instituere volebat, quosdam omisit voce interclusa, testamentum re inter eos quidem, qui instituti sunt, valebit, sed non in solidum; idcirco quia parens noluit; non enim voluit institutos solos esse heredes; quod tamen futurum erit, si testamentum valere dixerimus.

Non adversatur hæc constitutio. Observandum est enim non dici imperfectum testamentum valere inter liberos, sed dici ex imperfecto testamento valere voluntatem. Quo verbo efficitur, si quid parens voluit, id servandum esse propter voluntatem. Sed quodcunque testamentum parentum imperfectum erit, id valebit cum ea exceptione, quæ traditur in *Auth. quod sine, infr.* Testamentum imperfectum valet, sed parentum dixi. Valet autem pa-
4 rentum omnium : proinde † non tantum patris, sed etiam matris, & omnium ascendentium, qui parentum verbo continentur. *L. 4. & seq. D. de in ius voc. L. Iurisconsultus, §. parentes, D. de grad. aff.* Ergo & qui in potestate parentis non sunt liberis recte imperfecto testamento hic relinquitur; nam constat matres liberos in potestate non habere, *§. feminæ, Instit. de adopt.* ergo & naturales, & vulgo quæsitos mater recte instituit testamento imperfecto; nam & mulier parens est, & hi in numero liberorum. *d. L. 4. in fin. & L. seq. de in ius voc. §. novissime, Instit. de senatusconsult. Orfit.*

Hoc testamentum valet, sed inter liberos dixi : his verbis duo excluduntur. Primo tutores hoc testamento dati; iure publico patet recte testamento tutorem dat liberis, quos in potestate habet, *L. 1. D. de testam. tut. L. verbis legis, de verb. sig.* Sed † imperfecto testamento frustra 5
dederit, *L. qui a patre, D. de confir. tut. L. impuberes. D. de administr. tut.* Hoc ius cum ante hanc constitutionem valuerat, non modo non mutatur hac constitutione, sed statuitur maxime. Nam hac constitutione non admittitur voluntas patris, nisi inter liberos. Tutoris autem datio non constituitur inter liberos solum, sed inter liberos, & tutorem. Excluduntur præterea hi, † quibus aliquid imper- 6
fecto testamento relictum est, quod hic expressum est. Nihil adversus hanc partem facit *L. peto. §. mater. D. de legat. 2.* nam illic mater quidem testamento liberos heredes instituit, extraneo fideicommissum relinquit, & fideicommissum valet; sed ideo, quia testamentum matris perfectum erat. Nec obstat, quod illic dicitur tutor inutiliter datus esse, qui eo testamento a matre datus esset; non enim ideo tutoris datio illic inutilis est, quia testamentum imperfectum esset matris; sed quia mater liberis, quos in potestate non habet, tutores testamento dare non potest. *L. 1. D. de confir. tut.* Sed tamen & hæc pars excipienda est cum exceptione, quæ traditur in *Auth. seq. quod sine.* Ad extremum imperfectum testamentum inter liberos eam habet vim, ut alio testamento infirmari non possit, nisi ea intervenerint, de quibus cavetur in *Auth. hoc inter infr.*

Ad Auth.

Ad Auth. Quod sine.

Quod sine subscriptione ita procedit, si parens literas edoctus, manu propria, non signis, sed literarum consequentia declaret & tempus, & liberorum nomina; item & unciarum numerum, seu signa rerum specialium: in quo & aliis legari, & fideicommitti, & libertas relinqui potest.

S U M M A R I A.

1. *Rerum nexus & continuatio.*
2. *In testamento imperfecto inter liberos scripto quatuor exigi hic a Iustiniano, & quae.*
3. *Quatuor haec minime desiderari in testamento nuncupato inter liberos.*
4. *Testamento parentis inter liberos imperfecto scripto an tutoris datio valeat, exemplo legatorum.*

1 UT superioris constitutionis † de imperfecto testamento duae sunt partes; ita totidem sunt in hac constitutione nova exceptiones, singulae ad singulas partes superiores pertinentes. Priore parte hoc cavebatur, testamentum imperfectum sine exceptione valere inter liberos. Id Iustinianus ita temperat, nisi testator voluntatem scripto declaret. Nam in te-
2 stamento scripto Iustinianus † haec exigit quatuor, sine quibus testamentum non valebit. Primum vult exprimi tempus, quo testamentum scriptum est. Deinde vult exprimi uncias & res, quas velit inter liberos distributas. Tertio haec exprimat plenis literis, non vacuis. Postremo ipsum testatorem haec omnia manu sua scribere vult, sed nullam conditionem adiicit, si parens velit testamentum scribere, sed generaliter cavet, ut haec faciat. Eodemque modo constitutio concepta est in *Novell. de test. imperf.* §. 1. unde hoc fragmentum scriptum est.

Hinc merito dubitatum est, an ut constitutio generaliter scripta, ita generaliter accipi debeat: ut non aliter ratum sit testamentum imperfectum inter liberos, quam si ea parens observavit, de quibus hic cautum est, sive testamentum scripto complecti velit, sive nuncupare. Non temere est, quod quidam verba existimarunt ita generaliter in constitutione esse accipienda, quandoquidem ita scripta est. Sed †
3 probo sententiam communem eorum, qui putant constitutionem hanc Iustiniani solum accipiendam esse de his parentibus, qui scripto testari velint inter liberos, ut ab iis videlicet in eo scripto haec necessitas exigatur, de qua *h. t.* Quod facile colligitur ex praefatione, qua usus est Iustinian. in *d. Novel. de test. imperf.* Nam illic diserte profitetur se in veteribus legibus, quae sunt de imperfecto testamento parentis, qualis est *L. ult. sup. fam. ercisc.* Quam praecipue notat, se, inquam, in illo reprehendere, quod scripturas quasvis admiserit, etiam in quibus voluntas testatoris manifesta non esset. 1

Eam igitur incertitudinem Iustinianus improbavit, ac proinde ad eam incertitudinem solum suam constitutionem retulit. *arg. L. Titius*, §. 1. *D. de verb. oblig.* Proinde extra hanc incertitudinem valere voluit Iustinianus, quidquid prioribus legibus constitutum est. Necesse est enim manere, quod mutatum non est. *L. praecipimus in fin. inf. de appell.* Solum autem in scriptura haec incertitudo metuenda est, ubi res notis scribi possunt, verba truncata esse, res partim ab testatore scripta, partim ab alio. Ea autem incertitudo in testamento nuncupativo metui non potest, ubi nullae sunt notae, sed voluntas lingua testatoris nuncupatur, non duo loquuntur, sed unus testator, non dimidiata verba sunt, sed plena voluntas pronuntiatur. Quare in ea voluntate nihil mutavit.

Altera parte superioris constitutionis cavetur, si quid relinquatur extraneis personis, id non deberi, sed liberis accrescere. Hoc quoque ita temperavit Iustinianus, nisi legata, aut fideicommissa, aut libertates relictae essent testamento ita scripto, ut supra comprehensum est. Hinc quaeri potest, an † testamento ita scripto 4
etiam tutoris datio valeat exemplo legatorum? Quod existimari potest; nam ut legata relinqui possunt testamento, sic & tutor a patre dari. *L. verbis legis, de verb. sig.* Dicendum est haec pariter recte relinqui imperfecto testamento, sed inter

inter se non recte comparari; quoniam in legatis beneficium confertur in legatarium; in tutelæ datione oneratur tutor, beneficium auxilio, & interpretatione iuvandum est, onus non item. *L. cum quidam, D. de lib. & posth.* Deinde omnibus legibus alterius conditionem meliorem facere possumus, deteriorem non possumus, *L. solvendo, D. de negot. gest.* Proinde quod hic de legatis cautum est, ad tutelæ dationem transferri non debet.

Ad Auth. Hoc inter.

Hoc inter liberos testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret se nolle tale testamentum valere, & aliam disponat voluntatem vel in testamento perfecto, vel in non scripta perfecta voluntate.

SUMMARIUM.

1. *Testamentum inter liberos quo pacto infirmetur & rumpatur.*

1 Testamentum inter liberos factum † alio testamento ab eodem parente facto ita rumpitur, si duo concurrant, nempe si posterius perfectum erit, deinde testatus sit parens, se a priore testamento recedere velle; prius commune est cum omnibus testamentis postea factis, posterius est hic singulare: nam iure publico posteriore testamento recte facto prius tollitur, etiamsi de priore mutando nihil adiectum sit in posteriore. *§. alio enim, Instit. quib. mod. test. infir. L. 1. 2. D. iniust. rupt.* Hæc de imperfecto testamento parentis inter liberos facto dicta sunt. Idem una, & eadem humanitatis regula admissum est, in iis quæ ad pias caussas relicta sunt, de quo cautum est in *c. cum esses, & in c. relatum, de test.*

Ad §.

Ad §. Per nuncupationem.

Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes (ut supra dictum est) simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis, audierint.

SUMMARIA.

1. *Testamenti nuncupativi ordinandi forma.*
2. *Testamentum nuncupativum in quibus conveniat cum testamento scripto, & in quibus ab eo differat.*
3. *Nuncupatio quæ continere debeat.*
4. *Nuncupare quid.*
5. Palam *quid significet hic & alias.*
6. *Testes in testamento nuncupativo an sermonem testatoris necessario intelligere oporteat.*
7. *Testes quare in testamento nuncupativo adhibeantur.*
8. *Testamenti nuncupativi fides an corruat quibusdam testibus defunctis.*
9. *Nuncupatorium testamentum an conficere liceat, aut probare per Notarium, adhibitis duobus, aut tribus testibus.*
10. *Instrumenta Notariorum acta publica non sunt, & cur publica dicantur.*
    Acta & instrumenta quid differant, ibid.
11. *De fide testamenti a Notario confecti cuiusque regionis observanda consuetudo.*

PER nuncupationem etiam sine scriptura testamentum recte fit, ut initio
1 etiam proposuimus. Est autem † hæc forma hac in re constituta, ut testator septem testibus adhibitis, talibus, quales supra descripsimus, eoram iis voluntatem suam nuncupet palam, ut exaudiri possit, idque eodem tempore, & eodem contextu actionis, de quo hic comprehensum est, & *§. ult. Inst. eod.* In quo observandum est, quædam hic esse utrique generi testamentorum communia, quædam discrepare. Communia sunt, ut testetur coram iis eodem tempore, eodemque contextu, ut *h. t.* Quid autem hæc valeant,
2 supra satis exposuimus. Discrepat † autem nuncupativum testamentum a scripto duabus rebus, scriptura, & nuncupatione. Scriptura, quia nuncupativum testamentum scripturam non desiderat, ut iisdem locis supra dictum. Veluti si cœcus testamentum faciat, ut in *L. hac consultiss. prox. tit.* Nuncupatione, quia cum testamentum scribitur, non necesse habet testator voluntatem suam proferre coram testibus, ut supra cautum est in *pr. h. t. constit.* At eum sine scripto testamentum fit, testator id omne, quod fieri vult post mortem suam, coram testibus nuncupare debet, *d. §. ult. Instit. h. t.*

Nuncupatio † hæc habere debet, ut 3
testator, quod fieri vult, nuncupet palam, & ita, ut exaudiri queat a testibus, *L. heredes palam, D. qui test. fac. poss.* Nun-
cupare † est lingua pronuntiare, ut indi- 4
eat *L. si is, qui test. D. h. t.* ubi *heredes nuncupare, & heredes pronunciare*, pro eodem usurpantur, declarat etiam lex 12. tabularum, quam refert Cicero *lib. 3. offic.* qua iubebat a venditoribus ea præstari, quæ lingua essent nuncupata, id quod ædiles in edictum suum transferentes, postea ita expresserunt, ut iuberent præstari, quæ dicta, promissave es-
sent, *L. 1. D. de ædil. edict.* Palam † 5
duo significat. Primo idem valet, quod publice, ut cum dicimus aliquem palam quæstum fecisse, aut facere, *L. palam, D. de ritu nupt.* ut cum dicimus aliquid palam proscribendum esse, in *L. sed si pupillus, §. proscribere, D. de institor.* Secundo valet etiam idem, quod aperte & clare, ut exaudiri possit ab iis, qui adstant, significatione ex priore ducta, cum illa fiant maxime aperta, quæ fiunt publice, ex quo illa sunt in edicto ædil. *venditores, quid vitii morbive cuique sit palam, & recte pronunttiato:* palam, idest, clare, ut intelligantur, *recte*, idest, sine dolo malo.

Prior

Prior significatio huic loco non convenit, agitur enim de testamento, quod fit intra privatos parietes coram privatis testibus, quibus satis est testamentum publicum fieri, ut loquitur *L. omnium, sup. h. t.* bene igitur Ulp. in *d. L. heredes palam*, hic palam ait non significare in propatulo. Restat igitur, ut hoc exigi intelligamus, ut testamento voluntatem nuncupet clare & aperte. Exigitur ut id, quod nuncupat, exaudiatur a testibus, ut *h. t. & in d. L. heredes palam*. Quo verbo id exi-
6 gi intelligitur, ut etiam testes † sermonem testatoris intelligant. Frustra enim exauditio est, si auditum non intelligas. Et quidem non intelligitur fieri aliquibus præsentibus, quod non fit iis intelligentibus, *L. coram, de verb. sign.* multo minus aliquibus præsentibus, & audientibus fieri intelligitur, si illis intalligentibus non fit.

7 Postremo videndum est, quamobrem † testamento nuncupativo adhibeantur testes. Adhibentur, ut postea testimonium dicant, quid audiverint, quidve testator dixerit; hoc nisi prius intellexerint, de eo testificare non possunt. Cur ergo hic laboramus? Quia in *L. qui testam, §. ult. D. h. t.* est scriptum: in testibus non exigere nos intelligentiam sermonis testatoris, si aliter intelligant se ad testamentum esse adhibitos. Sed illud est de testibus, qui ad testamentum scriptum adhibentur. Longe alia caussa est nuncupativi. Nam in scripto voluntas, vel nutus defuncti non dependet ex testimonio testium, sed ex scriptura testamenti, qua continetur, & declaratur eius voluntas, solum exigitur, ut ea scriptura confirmetur, & voluntatis postea facit fidem. Confirmatur autem obsignatione & subscriptione testium, non autem sermonis peritia, cum non sit necesse testes ea scire, quæ sint in testamento scripta. At nuncupativum, quoniam scripturam non habet, necesse est probare testibus, qui dicant, quid testator se fieri velle dixerit.

8 Sed si fides † nuncupativi testamenti posita est in testimonio testium, quid fiet, si quidam ex testibus postea decesserint, aut aliqui servi facti sint, aut etiam furere cœperint, ut iam non possint testes esse? Respond. Testamentum vim suam non habebit, non quia ius deficiat, sed quia deficiat probatio. Valuit enim & valet, sed non probatur, iuxta *L. duo sunt, D. de testam. tut.* Hinc apparet periculose nos hoc modo testari, ut solum coram testibus voluntatem nuncupemus, ut conservetur memoria, & fides testamenti.

Inde quæsitum est, liceretne † nuncu- 9
pativum conficere, aut probare per Notarium, adhibitis duobus, aut tribus testibus? Resp. Si de iure quæritur, non licet, & aperte repudiatur hæc testandi forma in *L. omnium, supr. h. t.* ubi triplex tantum forma testandi recipitur, si testamentum insertum sit precibus principi oblatis, aut actis iudicis insinuatum, aut publicatum coram septem testibus. Testamentum confectum per Notarium non est in hoc numero: nam neque hic iudex est, neque acta apud eum conficiuntur, multumque ad fidem istarum rerum interest inter acta publica, & instrumenta Notariorum. Acta sunt publica monumenta, quæ testes nullos desiderant, *L. in donationibus, infr. de donat.* Instrumenta † No- 10
tariorum non sunt acta publica. Argumento est certissimo, quod hæc non valent, nisi adhibitis aliis testibus. *Novell. de instrum. cautela, § sed & si instrumenta.* Instrumenta Notariorum quidem dicuntur publica, & publice confici, sed hoc sensu, quia a persona, cuius munus est publicum, fiunt. Non autem ideo, quia fidem, & auctoritatem publicam habent, alioqui non desiderarent alios testes. *d. L. in donationib.* Nihil ad confirmationem contrariæ sententiæ facit, *d. L. in donat. infr. de don.* aut *L. ult. supr. arbit. tut.* Nam in *L. in don.* agitur de actis publicis, in *L. ult.* agitur de inventario rerum pupillorum, quod & ipsum conficitur per magistratum. Iam dixi multum interesse inter instrumenta Notarii, & acta publica. Si consuetudine † 11
cuiusque loci aliud receptum est, hic hærendum non est, quia consuetudo servanda est. *L. de quib. D. de legib.* Quid autem ubique observetur, unaquæque regio nos docebit.

Ad §.

Ad §. Si quis autem.

Si quis autem teſtamento iure perfecto, poſtea ad aliud venerit teſtamentum: non alias quod ante factum eſt, infirmari decernimus, quam ſi id, quod ſecundo facere teſtator inſtituit, iure fuerit conſummatum. Niſi forte in priore teſtamento ſcriptis his, qui ab inteſtato ad teſtatoris hereditatem, vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda voluntate teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad eius hereditatem vocantur, eo enim caſu licet imperfecta videatur ſcriptura poſterior, infirmato priore teſtamento, ſecundam eius voluntatem non quaſi teſtamentum, ſed quaſi voluntatem ultimam inteſtati valere ſancimus: in qua voluntate quinque teſtium iuratorum depoſitiones ſufficiunt: quo non facto valebit primum teſtamentum, licet in eo ſcripti videantur extranei.

S U M M A R I A.

1. *Perfecti teſtamenti vis quæ ſit.*
2. *Perfectum teſtamentum quando & quibus modis reſcindatur.*
3. *Teſtamento alio facto cur non prius potius valeat, quam poſterius: & ſi teſtator de priore mutando nihil dixit, cur non utrumque valeat.*
4. *Et quid ſi poſteriori nominatim caverit, ut prius teſtamentum etiam valeret.*
5. *Imperfecto teſtamento poſteriore prius iure factum non rumpi.*
6. *Excipitur unica ſpecies & quæ ſit.*
7. *Teſtamentum prius, quod iure valuit, utrum poſteriore teſtamento imperfecto rumpatur, & quomodo diſtinguendum.*
8. *Contraria diluuntur.*

Expoſitis duobus generibus teſtamentorum, quæ iure communi recte perficiuntur, commodiſſime ſubiicitur hoc loco vis perfecti teſtamenti, & item imperfecti, cum de mutanda voluntate prioris teſtamenti agitur. Perfecti vis hæc eſt,
1 † ut revocari non poſſit, ne alio quidem teſtamento, niſi iure perfecto. Adiicitur exceptio una, in qua etiam imperfecto teſtamento prius, quanvis perfectum tollitur. Sed *una* dixi, ut videantur omnia imperfecta teſtamenta removeri: in quo etiam ſtatuitur tacite vis huius imperfecti teſtamenti, quod huc pertinet, ut prius teſtamentum reſcindatur. Sed hæc omnia multas cautiones habent, neque ſunt perpetua. Proinde ut de hac mutatione tota liqueat, & hic locus ſimul plane intelligatur, de hac re ſic habendum eſt.
2 Teſtamentum † ſemel perfectum non ideo reſcinditur, quia teſtator id ſe valere nolle dixerit: uſque adeo, ut quanvis cœperit aliud teſtamentum facere, ſi tamen non perfecerit, nihilominus priores tabulæ valeant, ut & heredum inſtitutiones ratæ ſint, & legata inde debeantur, §. *ex eo ſolo, Inſtit. quib. mod. teſt. infirm.* Huius iuris una exceptio eſt conſtituta in *L. ſancimus, infr. h. t.* Niſi decennium totum poſt confectionem teſtamenti effluxerit, quod teſtamentum teſtator dixit, ſe valere nolle. Sane ſi teſtator non ſolum dixit ſe prius teſtamentum valere nolle, ſed etiam adiecit elogium heredi, qui eo ſcriptus eſſet teſtamento, placuit eo probato hereditatem heredi auferri tanquam indigno, & fiſco adiudicari, *L. hereditas, infr. de iis, quib. ut indig.*

Sed hoc argumentum eſt potius prius teſtamentum valere; non enim aufertur hereditas heredi ſcripto, niſi prius eo teſtamento heres ſcriptus eſſet. Non obſtat huic ſententiæ, quod dicitur, ambulatoriam eſſe voluntatem teſtatoris, uſque ad extremum ſpiritum; *L. 4. D. de adim. leg.* ambulatoriam enim eſſe, & mutari poſſe non negamus, ſed volumus id legitime fieri, non ſit autem nuda voluntate, cum de teſtamento imperfecto hic agitur. Quod ſi ad voluntatem etiam factum eius aliquod contrarium acceſſerit, hic prius teſtamentum reſcindi poteſt. Id autem contingit

tingit dupliciter, partim mutatis prioribus tabulis, quas rescindi volumus; partim iis integris manentibus. Mutatione tabularum testamenti, si testator consulto eas mutabit, testamentum rescinditur. Id autem accidit iis modis, si tabulæ conscindantur, *L. pen. infr. h. t. L. qui ex liberis, § ultim. de bon. poss. secundum tab. L. 1. §. sed si consulto, in fin. D. de his, quæ in testam. del. L. ult. D. de lib. & postu.* Idem iuris est, si signa amoveantur, aut turbentur, *d. L. ultim. infr. L. ad testium, §. si signa. D. h. t.* Idem est si tabulæ deleantur, aut cancellentur. *L. 1. §. si heres, D. si tab. testam. nul. extab.* Hæc eo recepta sunt, quia testamentum constat materia, scriptura, & signis testium, ut consequens sit iis remotis, quibus testamentum stabat, testamentum rescindi, nempe modis contrariis, iuxta regulam *L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* Integris tabulis nihilominus testamentum rumpitur, si aliud testamentum factum erit, & iure perfectum, ut *h. t. & §. 1. quibus modis test. infr. L. 1. & 2. D. de iniust. rupt.*

3 Sed cur alio testamento † facto, ex duobus non potius prius valet? Respondeo, semper ex duabus voluntatibus de eadem re concurrentibus novissima servatur, quia sola placuit; valetque hæc regula & in testamentis, & in conventionibus, *L. 12. §. ult. D. de legat. 1. L. quod traditum, D. de cond. & demonst. L. pacta novissima, supr. de pact.* Sed si testator de priore testamento mutando nihil dixit, cur non utrumque valet: cum nec quidquam prohibet, quo minus ex ea voluntate utrumque possit valere? Respondeo primum hoc ipso, quod novum testamentum instituit, existimatur a priore recedere; nam nisi id improbaret, in eo maneret. Deinde alio testamento facto declarat se in priore aliquid desiderare, eoque perfectum non esse, nullum autem testamentum valet, quod ex voluntate testatoris non perficitur, *L. si is qui testam. D.*
4 *eod.* Sed † quid si testator posteriori testamento nominatim caverit, ut prius testamentum etiam valeret? Respondeo: Hæc voluntas servabitur, & prius testamentum valebit, non tanquam ex priore testamento, quod ruptum est, nam plus valere non potest; sed tanquam testamento posteriore scripta essent, quæ priore sunt comprehensa, *arg. L. asse toto, D. de hered. instit.* Sed, ut dictum, & superioribus lo-
5 cis expressum est, placet † prius testamentum alio testamento rumpi, si posterius iure perfectum sit; perficitur iure id, ex quo heres existere potuit. *L. 1. D. iniust. rupt.* Id quam vim habeat, declaratur dilucide in *§. 1. Instit. quibus mod. test. infirm.* Ergo imperfecto testamento posteriore prius, quod iure factum sit, non rumpitur.

Huius iuris una † exceptio est hoc loco tradita. Est autem huiusmodi, si posteriore testamento ii heredes instituti sunt, qui & sine testamento vocabantur ad legitimam hereditatem defuncti. De hac exceptione prius videamus; deinde cognituri, an hæc sola sit exceptio in hac re. Ad primum, eum idem ius obtinuerit olim longe ante tempora huius constitutionis, ut constat ex *L. 2. de iniust. rupt.* hic statim occurritur, quid opus fuerit hac constitutione Imperatoris? Respondeo: Attendenti apparent duo hic nova constituta esse ab Imperatore, aut certe ita esse comprehensa, ut aliis locis deessent. Nam ut huiusmodi testamento imperfecto, in quo legitimi heredes instituti sunt, prius testamentum rumpatur, constitutio hæc duo nominatim exigit: Primum, ut priore testamento rite facto alii heredes instituti sint, qui ab intestato succedere non poterant. Ex quo colligimus, si iidem heredes, & priore etiam testamento fuerint instituti, posteriore imperfecto prius non rescindi, sed prius integrum manere, quod utile est scire, non propter heredes, qui ex utroque testamento pariter vocantur, sed propter legata & fideicommissa, quæ etiam iure debentur, quæ alioqui non deberentur, si prius testamentum ruptum esset. 6

Alterum exigit constitutio, ut posterius testamentum saltem habeat *quinque testium in ea voluntate iuratorum depositiones*, in quibus verbis consequens seu effectus positus est, ut ex eo antecedens & caussa intelligeretur. Est enim hic sensus: in hac voluntate adhiberi debere quinque testes, a quibus deinde nascentur depositiones de ea voluntate, ut apud iudicem de testamento interrogati testimonium dicant, & dicant iurati. In quo hic nihil singulare constituitur, sed eo dicitur: quia nulli testes ad testimonium audiuntur in iudicio, nisi iurati, *L. iurisiurandi, supr. de testib.* Vis autem huius imperfecti testamenti observanda est. Placet enim sic valere, sed ut supremam & intestati voluntatem. Quibus verbis significatur hoc testamentum valere ad hoc, ut prius rescindatur, cæterum ipsum per se non valere. Ex quo intelligimus, si quid eo testamento sit relictum non deberi, *L. ex imperfecto, sup. h. t. §. ult. Instit. quib. mod. test. infirm.* Obse-

Digitized by Google

Observandum est autem, hoc unum tantum genus testamenti imperfecti posterioris excipi, quo prius testamentum infirmetur. Quod cum sit, existimari potest, unum hoc tantum genus excipiendum esse, aut si alia excipiuntur, non recte hic unum tantum excipitur. Respondeo, ut est propositio huius constitutionis: unum hoc genus tantum testamenti posterioris recte excipitur. Nam hic agitur de duobus testamentis, quorum prius iure communi perfectum sit, posterius ita imperfectum, ut iure communi non valeat. Hæc duo cum concurrunt, nunquam posteriori imperfecto testamento prius rumpitur, nisi uno hoc casu, cum posteriore testamento heredes legitimi scripti sunt. Et bene hic unus tantum casus hac constitutione comprehensus est. Sed fieri potest, ut prius testamentum sit iure militari factum, non iure communi. De hoc testamento sic cavendum est: quocunque modo testator aliud testamentum facere postea cœperit, si non perfecit, prius rescindi, etiamsi posterius nullo modo valeat.

Exempli gratia, miles in militia iure militari testamentum fecit, is militia missus est. Prius testamentum, quod fecit etiam iure militari, valet intra annum tantum, *§. sed hactenus, Inst. de testam. milit.* Hoc dicimus: hunc militem intra eum annum quocunque modo aliud testamentum faciat, prius quod iure militari valebat, rescissum esse, *L. eius, §. 1. D. de milit. testam.* Atqui prius testamentum non minus valebat, quam si iure communi factum esset, *L. 1. D. de testam. milit.* Ut igitur id rescinditur alio testamento, quod non valeat potius, quam si iure communi factum esset? Respondeo testamentum iure militari factum etsi valeat, tamen nihilominus imperfectum esse. Ideo enim iure singulari confirmari oportuit, quia imperfectum erat. Imperfectum facilius tollitur iuxta reg. iur. *Nihil tam naturale, &c. & L. fere, D. de reg. iur.*

Sed hæc ad omnia testamenta priora, quæ imperfecta sunt, & nihilominus valent, non pertinent. Nam & testamentum parentis inter liberos factum imperfectum esse potest, neque id rescinditur testamento imperfecto, *Auth. hoc inter, supr.* Quod si prius testamentum iure communi perfectum erit, & posterius imperfectum iure valebit, non minus prius testamentum rumpetur per posterius, quam si posterius iure communi perfectum esset, ut puta si posterius iure militari factum erit, prius rescindetur. Neque distinguemus, utrum prius iure militari factum esset, an iure communi; quia, ut dixi, posterius non minus valet, quam si iure communi factum esset, *L. 2. D. de inius. rupt. dict. L. eius, qui in fin. D. de milit. testam.*

Ex his si quæritur in universum, utrum † prius testamentum, quod iure valuit, 7 posteriore testamento imperfecto rumpatur, distinguemus. Primum videbimus prius testamentum utrum iure militari factum sit, an iure communi. Si militari: quacunque voluntate contraria, quocunque testamento imperfecto, prius rescindetur, quia & prius imperfectum erat. Sin prius iure communi valebit: & hoc rumpetur posteriore imperfecto, si aliquo iure valuit, etiamsi militari; quo exemplo multo magis idem admittemus, si posterius factum sit inter liberos. Quod si & prius iure communi valebit, & posterius imperfectum ipsum per se non valebit, prius nunquam rescindetur, nisi hi heredes instituti erunt, de quibus hic constitutum est.

Nihil adversus hanc distinctionem, & sententiam totam faciunt † loci citati ab 8 Accursio, tanquam in quibus dicatur, etiam aliis casibus posteriore imperfecto testamento prius rumpi. Leges hæ sunt, *L. cum quidam, D. de iis, quib. ut indign. L. pen. §. ult. D. de condit. inst. L. Clodius, de acquir. hered.* Nam in *L. cum quidam*, tantum abest, ut posterius testamentum imperfectum rumpat prius in specie illius loci, ut ne sic quidem rumpat, quanvis iure perfectum fuerit posterius. Quoniam priore testamento heredes incapaces instituti erant, a quibus hereditas tanquam indignis aufertur, quæ non auferretur, nisi prius heredes essent ex eo testamento, de qua specie commodius dicetur *infr. ad L. 1 de hered. instit.* In *L. penult. D. de cond. Instit.* aperte dicitur, codicillis, seu imperfecto testamento, conditionem institutioni adiici non posse, idest, institutionem priore testamento pure factam alio testamento mutari non posse, in quo idem heres institutus sit sub conditione. In quo hoc statuitur, posteriore imperfecto prius non mutari, id quod nunc dicimus.

Utitur autem Modestinus in ea re hoc argumento: nam cum posteriore testamento testator adiicit conditionem, vult in defectum conditionis hereditatem adimi heredi prius scripto. At, *codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest*, inquit. Unde conclusio facile ipso tacente intelligitur. Ergo ea conditio posteriori testa-

Digitized by Google

teſtamento fruſtra adiicitur. Neque mutatur prius teſtamentum in *L. Clodius, D. de acquir. hered.* Prius teſtamentum rite factum poſteriore teſtamento imperfecto non tollitur, id quod evidenter apparet ex eo, quod ibi quæritur, an heres priore teſtamento inſtitutus ideo non poſſit ex eo teſtamento heres eſſe, quia videatur ex eo teſtamento hereditatem repudiaſſe; ſi prius teſtamentum ruptum eſſet, hereditas ad ſcriptum non pertineret, ſive repudiaſſet, ſive adire vellet. Quare illis locis ſuperior ſententia confirmatur.

Ad verſ. ult. Illud etiam.

Illud etiam huic legi proſpeximus inſerendum, ut etiam Græce omnibus liceat teſtari. Dat. Id. Sept. Theodoſio XVII. & Feſto Coſſ.

S U M M A R I A.

1. *Teſtari licet quacunque lingua, quibuſcunque verbis: modo intelligatur voluntas teſtantis.*
2. *Notis ſcriptæ tabulæ non valent.*

IN ſcriptura, aut pronuntiatione ſupremæ voluntatis ſolum hoc ſpectatur, ut intelligatur, quod dixit, ſcripſitve teſtator, argum. *L. 2. D. de his, quæ pro*
1 *non ſcript. habentur.* Proinde † quibus verbis teſtator utatur, aut qua lingua, dummodo eius voluntas intelligatur, nihil intereſt. De verbis cautum eſt in *L. 2.*
2 *ſupr.* de lingua hic cavetur. Notis † ſcriptæ tabulæ non valent. *L. ſi eum patronus, §. ult. D. de bon. poſſeſſ.* Quod ſuperioribus non adverſatur, quoniam notæ non intelliguntur; non enim notæ apud omnes idem valent, nullam denique ſignificationem certam habent, natura ſua, ſed tantum valent, quantum ſcriptor illis tribuit, neque omnes iiſdem notis eandem vim tribuunt.

Ad L. Dictantibus. 22.

Imp. Zeno A. Sebaſtiano *præfecto prætorio.*

Dictantibus teſtamenta, vel aliam quamlibet ultimam voluntatem, legatum vel fideicommiſſum, vel quodcunque aliud, quodlibet legitimo titulo teſtatorem poſſe relinquere, minime dubitandum eſt. Teſtibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro ſuo libito quod voluerit teſtator relinquere non prohibetur. Datum Calend. Maii, Conſtantinopol. Baſilio iuniore, V. C. Coſſ.

S U M M A R I A.

1. *Dictanti teſtamentum recte ex eo teſtamento legatur.*
2. *Per dictantes quid hic intelligatur,*
3. *Is dictat, qui per alium dictat.*
4. *Teſtibus ad teſtamentum adhibitis legari poteſt, & quare & n. 6.*
5. *Res propria quæ dicatur.*

1 Dictantibus † teſtamentum recte eo teſtamento legatum datur. Dubitatio ex eo nata, quod ſcribenti teſtamentum inutiliter relinquitur. Si quid enim ei relinquitur, ipſum oportet ſibi legatum adſcribere, cum ipſe totum teſtamentum ſcribat. Nemo autem per leges ſibi quid teſtamento adſcribere poteſt; non abeſt enim ea res a ſuſpicione falſi. *L. 2. infr. qui ſib. adſcrib. in teſtam.* Hinc non immerito dubitatum eſt, an non idem probandum ſit in eo, qui teſtamentum dictet?

ctet? Placuit non idem eſſe; quia non ſi aliquis dictet legatum aliquod, continuo ex ea dictatione id ſcribit, niſi volente teſtatore.

Sed quomodo dictanti legari poteſt, cum teſtator ipſe ſit, qui dicter teſtamen-
2 tum? Reſpondeo: dictantes † hic intelligere debemus Notarios & quoſvis formularios, ideſt, peritos formularum, quibus teſtamenta recte concipi ſolent, adhibitos a teſtatore ea gratia, ut teſtamentum recte dictent, approbante tamen & conſentiente teſtatore. Neque eo mi-
3 nus teſtator dictare intelligitur. Is enim † dictat, qui per alium dictat, *L.* 2. *D. quæ vi, aut clam*, *L.* 3. *§. geſſiſſe*, *D. de administrat. tutor.*

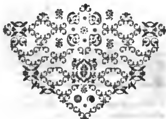
4 Poteſt † & teſtibus ad teſtamentum adhibitis legari, ut iidem & eſſe poſſint teſtes, & legatarii in teſtamento, *§ legatariis*, *Inſtit. eod. L. qui teſtamento*, *in princ. D. hic*. Diximus in *L. proxima* adverſari *L. nullus*, *D. de teſtibus*, *L. omnes ſupr. de teſtib.* ubi traditur: *neminem idoneum teſtem eſſe in re propria*, quæ verba, dubium non est, ad legatarios pertinere. Nam rem † propriam di- 5
cimus, cuius commodum, vel incommodum ad eum ſuo nomine pertinet; *L.* 1. *§. in propria*, *D. quando appelland. ſit.* conſtat autem ſive teſtamentum valeat, ſive non, eius rei commodum, aut incommodum ad legatarium pertinere. Commode dicimus ex hac regula † exci- 6
pi legatarios, ut ſinguli pro teſtamento recte reſtimonium dicant, quanvis poſtea legatum percepturi. Idcirco, quia eorum teſtimonium ſatis vindicetur ab omni ſuſpicione falſi, ab aliis ſex teſtibus, qui in eo teſtamento præterea adhibentur præter ſolemnitates, quæ ad vitandam omnem falſi ſuſpicionem adhibentur.

Ad L. Conſulta. 23.

Imp. Iuſtinian. A. Archelao *præfecto pretorio*.

Conſulta divalia, quibus conſiderare proſpectum eſt, ne voluntates ultimæ deficientium in hac regia urbe confectæ apud alium aperiri poſſint, quam apud. &c.

EXplicatur hic pluribus, quod paucis comprehenſum eſt in *L. teſtamenta*, *ſupr.* ubi dictum.



Ad L.

Ad L. Ambiguitates 24.

Imp. Iustinianus A. Mennæ, *præfecto prætorio*.

Ambiguitates, quæ vel imperitia vel desidia testamenta conscribentium oriuntur, resecandas esse censemus: & sive institutio heredum post legatorum donationes scripta sit, vel alia prætermissa sit observatio, non ex mente testatoris, sed vitio tabellionis, vel alterius, qui testamentum scribit: nulli licentiam concedimus per eam occasionem testatoris voluntatem subvertere, vel minuere. Dat. Kal. Ianuar. D. N. Iustiniano. A. PP. II. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Ambiguitates quas vocet Iustinianus.*
2. *Vitium scripturæ testamento non nocet, dummodo sententia testatoris intelligatur.*
3. *Vitium testamentorum duplex.*
4. *Heredis institutio dicitur caput & fundamentum testamenti, & cur.*
5. *Ordo rerum in testamento scribendarum inversus an vitiet testamentum.*
   Substitutio pupillaris non ex eventu tantum successionis spectatur, sed ex præsente forma, qua conficitur a testatore, ibid.
6. *Omissio verborum necessariorum in testamento an voluntati testatoris noceat.*
7. *Observationes ad testamentum iure constitutum omitti non possunt, neque in totum, neque ex minima parte, quin testamentum pro imperfecto sit.*
8. *Omissio verborum aliquot consulto a testatore, non errore omissa, an vitiet testamentum.*
9. *Testator si consulto inverterit ordinem institutionis & legatorum, an nihilominus scriptura valeat.*

HIC iubet Iustinianus tolli ambiguitates, quæ ex vitio scripturæ oriuntur.
1 Ambiguitates † vocat non incertitudines, quæ ex verbis ambiguis nascuntur, de quibus in constitutionibus non agit, sed more suo intelligit hoc verbo dubitationes veterum, sive alterius iuris, quæ ex scriptura nascuntur, ut intelligi potest *ex L. ambiguitatem, supr. de usufruct.* Et certe conversio ordinis scripturæ, de qua postea agit, nullam ambiguitatem habet: hanc tamen controversiam subiicit illis ambiguitatibus, quas proposuerat. Sum-
2 ma autem sententiæ est: vitium † scripturæ testamento non nocere, dummodo sententia testatoris intelligatur.

3 Vitium † duplex est; aut enim est in ordine scribendi eas res, quæ testamento relinquuntur, aut in verborum ad sententiam necessariorum omissione. Ordo naturæ in iis, quæ testamento relinquuntur, postulat, ut initium fiat ab hæredis institutione. Nam ab ea legata, & cætera in testamento pendent, ac sine ea nihil in testamento scriptura valet, *L. 1. in fin. D. de vulg. L. ult. D. de iur. codicill* Unde & heredis institutio † dicitur *caput & fundamentum testamenti*, §. ante heredis, *Instit. de legat.* Caput, quia regit cætera, quæ sunt in testamento; *fundamentum*, quia in hac tanquam in fundamento cætera consistunt. 4

Et hoc secuti veteres non putabant aliter testamentum scribi posse, quam si primo loco institueretur heres. Id Iustinianus † mutat hac constitutione, quod pluribus 5
verbis explicat in §. *ante heredis*. Et recte. Neque hic quidquam fit adversus id, quod de heredis institutione dictum. Quocunque enim loco testamenti scriptus erit heres, ordine intellectus primo loco institutus intelligetur. Dum autem intelligatur, quid sit in re, scripturam magnopere attendere non oportet, *L. quidam, D. de pecul leg.* Una tamen in specie controversia scripturæ nocet, cum scilicet pater filio impuberi exheredato prius heredem instituit; deinde secundo loco instituit heredem sibi, & ita prius facit testamentum filio, deinde sibi, *L. 2. §. prius, D. de*

Digitized by Google

D. de vulg. Sed hoc in hac ſpecie receptum eſt, quia ſubſtitutio pupillaris non ex eveutu tantum ſucceſſionis ſpectatur, ſed ex præſente forma, qua conficitur a teſtatore. Hæc forma exigit, ut pater prius ſibi teſtamentum faciat; quoniam ſubſtitutio pupillaris ſequela eſt paterui teſtamenti, ut eſt iu *d.* §. *prius*. At cum heres inſtituitur, & legata relinquuntur teſtamento, in iis ſpectamus tantum ordinem, qui futurus eſt mortuo teſtatore. Succeſſionis ordo facit, ut prius heredem eſſe oporteat, quam quidquam ex eo teſtamento debeatur.

6 Omiſſio † quoque verborum neceſſariorum voluntati non nocet, veluti ſi teſtator pro iis pienis, *Lucius Titius mihi heres eſto*, ſcripſerit truncatis verbis, *Lucius eſto*, vel *Lucius heres*, vel ſimpliciter *Lucius*. Quod exemplum eſt *L. errore. ſup.* ubi dictum. Hoc inteliigit Iuſtinianus, cum vetat omnem obſervationem prætermiſſam voluntatem minuere, ſi ex vitio ſcribentis naſcatur. Si ſimpliciter locutus eſſet de omni obſervatione præ-
7 termiſſa, eſſet ſenteutia faiſiſſima: nam † obſervationes ad teſtamentum iure conſtitutæ omitti non poſſunt, neque in totum, neque ex minima parte, quin teſtamentum pro imperfecto ſit, *L. ſi unus. L. teſtandi, L. hac conſultiſſima*, §. 1. *in fin.* & §. *ex imperfecto ſupr.* Sed cum addidit, *Si ex vitio ſcribentis*, &c. voluit hac adiectione declarare, ſe inteliigere omiſſionem, quæ ſit in ſcriptura, ideſt, in verbis ſcripturæ.

Quid † ſi teſtator conſulto, non errore verba omiſerit? Reſpondeo: nunquam 8
exiſtimandus eſt aliter omiſiſſe, quam errore. Propterea quod, ſi voluerit L. Titium heredem eſſe, neceſſe eſt inteliigi hæc verba: *L. Titius heres eſto*, idque ex teſtatoris voluntate. Proinde, ſi omiſſa ſunt, non ex voiuntate, ſed aut errore, aut negligentia eius factum eſſe putandum eſt. Quid † ſi teſtator conſulto 9
convertit ordinem iuſtitutionis & legatorum, idne conſtare poteſt? Reſpondeo, non minus ſcriptura valebit, *d.* §. *ante heredis*, nec repugnat conſtitutio, quoniam hæc adiectio, *non ex mente teſtatoris*, refertur ad obſervationem prætermiſſam, de qua prius erat ſermo, non ad converſionem ſcripturæ, de qua prius dictum.

Ad L. Præpoſteri. 25.

Imp. Iuſtinianus A. Mennæ *præfecto Prætorio*.

Præpoſteri reprehenſionem, quam Novella conſtitutio divi Leonis in dotalibus inſtrumentis ſuſtuliſſe noſcitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus, quam teſtamentis tollimus: ut tali exceptione ceſſante, & ſtipulatio, & alii contractus, & teſtatoris voluntas indubitate valeant: exactione videlicet poſt conditionem vel diem competente. S. Datum VII. Id. Dec. Dn. Iuſtiniano A. PP. II. Coſſ.

S U M M A R I A.

1. *Stipulatio præpoſtere concepta repudiata a veteribus & quæ ſit talis.*
2. *Admiſſa a Leone in cauſſa dotis.*
3. *Recepta a Iuſtiniano univerſe in contractibus & teſtamentis.*
4. *Contrariis occurritur.*
5. *Quid in præpoſtera ſtipulatione repudianda ſecuti ſunt veteres; quid contra in admittenda Leo & Iuſtinianus.*

1 STipulationem præpoſtere conceptam † veteres in totum repudiabant. Eſt autem præpoſtere concepta, cum ſtipulamur aliquid ſub conditione, aut in diem, & nihilominus ſtipulamur idem hodie nobis dari. Hoc modo: *Si navis venerit ex Aſia, hodie* 10. *dare ſpondes* &c. Stipulatio hæc in §. *item ſi quis, Inſtit. de inut. ſtip.* dicitur præpoſtera ſtipulatio; quia naturæ ordinem præcedit datio, ſequitur eventus conditionis; cum ſecundum ordinem uatutæ neceſſario prius opor-

porteat consistere conditionem, deinde dationem sequi, cum ante eventum conditionis nihil debeatur, *L. cedere diem, de verb. oblig. §. sub conditione, Inst. de verb. obl.*

Primus Leo Imperator hanc stipulationem admisit in dotibus, ut est in *d. §.*
2 *item si quis*. Est autem † in dote huiusmodi: *Si mihi nupseris, aut si Titia mihi nupserit, hodie* 10. *dotis nomine dare spondeo*. Iustinianus auctoritatem Leonis
3 secutus † in universum admisit huiusmodi stipulationes, non tantum in dotibus, sed in aliis rebus omnibus. Eodemque exemplo admisit & legata eodem modo concepta, veluti: *Si navis ex Asia venerit, heres meus esto*, ex die aditae hereditatis ante duos tresve annos, postquam adita hereditas est, nihilominus legatum valet. Id effectum est hac constitutione Iustiniani, cuius summa refertur in *d. §. item si quis, Inst. de inut. stip.*

Sed videtur neque Leo, neque Iusti-
4 nianus † huiusmodi stipulationes, & legata admittere debuisse, aut etiam potuisse, hoc argumento: impossibilium nulla est obligatio, *L. impossibilium, D. de reg. iur. L. si stipuler, de verb. sign.* Praepostera autem obligatio impossibilis est. Itemque & legatum praeposterum. Nulla igitur huius stipulationis, aut legati obligatio esse potest, etiam per rerum naturam. Stipulationem hanc esse impossibilem, ita constabit. Nam cum aliquid promittitur sub conditione, ea est vis conditionis, ut eius eventus exspectari debeat, ut nec quidquam ante peti possit, nec quidquam deinde, *d. L. cedere, de verb. sign.* Cum autem adiicitur, ut hodie detur, id agitur, ut detur eo die, qui multo ante praeteriit, eo die per rerum naturam amplius dari non potest; quoniam praeteritus revocari non potest; impossibilis eius diei praestatio, ac proinde nulla stipulatio.

Respondeo pro eo tempore, quod conditionis eventum antecessit, verum est, per rerum naturam impossibilem praestationem esse. Proinde, & pro eo tempore nullam obligationem esse verum est; sed postquam conditio exstitit, iam pecunia pro eo tempore praestari potest. Proinde pro eo tempore contraria caussa valebit. Et in summa, quatenus praepostera praestatio est, reiicitur; quatenus recta est & secundum naturam, eatenus admittitur stipulatio. Sed hic occurritur: Nam pro eo quidem tempore, quod conditionis eventum sequitur, videtur stipulatio valere posse: nihil enim in stipulatione valet, nisi quod stipulatione comprehendimus; denique nisi in id, quod consensum est, *L.* 1. *§* 1. *quidquid, D. de verb. oblig.* At in hac stipulatione convenit tantum nominatim, ut hodie daretur, non convenit, ut daretur, posrquam navis ex Asia venerit. Sed nec pro eo tempore recte valebit, ut sic recte dici possit, hanc stipulationem pro praecedenti tempore non valere, quia ius & natura refragatur. Rursus pro insequenti tempore non valet, quia deficit consensus, *arg. L. si convenerit, D. de iurisdict. L. multum, in fin. sup. si quis alteri, vel sibi.*

Respondeo: Verbis quidem non convenit in hac stipulatione, ut daretur, postquam conditio extitit; sed vi verborum, & sententia contrahentium maxime convenit. Nam qui stipulatur hodie sibi dari, non stipulatur hodie tantum per exclusionem reliqui temporis, sed stipulatur hodie sibi dari & omnibus diebus insequentibus, & in infinitum, donec, quod debetur, solutum fuerit, alioqui obligatio semel contracta non esset perpetua, nunc autem est perpetua, *L. obligationum fere, vers. placet, D. de oblig. & act.* Secundum hoc recte dicetur pro eo tempore, quod eventum conditionis antecedit, nullam esse stipulationem, quia sit impossibilis praestatio, ubi id tempus praeterierit. At pro eo tempore, quod sequitur stipulationem, valere, quia exinde & res praestari possit, & ea sit sententia stipulationis, ut praestetur.

Veteres qui hanc † stipulationem repu- 5
diarunt in totum, verba secuti sunt. Leo & Iustinianus sententiam contrahentium. Ex qua sententia stipulatio post conditionem & diem recte valebit, & ideo observabimus solum admissam esse stipulationem, & legatum pro eo tempore, quod conditionem & diem sequitur, ut est hic in exemplo. Ex iis apparet nihil huic constitutioni obstare, quod dicitur in glossa: Non licere quidquam praepostere facere, seu contra naturae ordinem, aut ius constitutum. Quod & verissimum est, *L. ut debitum, supr. de hered. act. L. prolatam, inf. de sententiis, & interl. L.* 1. *inf de exsecut. rei iud* Sed tantum abest, ut hic contra quidquam dicatur, ut maxime idipsum in hac specie confirmetur, postquam stipulatio praepostera quatenus est, non valet, quatenus recta est, & naturalis dicitur, eatenus valet.

Ad L.

Ad L. In teſtamentis. 26.

Imp. Iuſtinian. A. Mennæ *præfecto prætorio.*

In teſtamentis ſine ſcriptis faciendis, omnem formalem obſervationem penitus amputamus: ut poſtquam ſeptem teſtes convenerint, ſatis ſit voluntatem teſtatoris, vel teſtatricis ſimul omnibus manifeſtari ſignificantis, ad quos ſubſtantiam ſuam pervenire velit, vel quibus legata [dare] *vel fideicommiſſa, vel libertates diſponere: etiam ſi non ante huiuſmodi diſpoſitionem prædixerit teſtator, vel teſtatrix, illa formalia verba,* ideo eoſdem teſtes conveniſſe, quod ſine ſcriptis ſuam voluntatem vel teſtamentum componere cenſuit. *S. Dat. IV. Id. Decemb. Conſtantinop. DN. Iuſtiniano. A. PP. II. Coſſ.*

SUMMARIUM.

1. *Teſtibus rogatis, non neceſſe eſt adiici a teſtatore, eos adhibitos ad teſtamentum ſcripto, aut ſine ſcripto faciendum.*

IN teſtamentis teſtes rogatos eſſe oportet, ideſt, admoneri ſe adhibitos eſſe ad teſtamentum. *L. heredes, §. in teſtam.*
1 *D. h. t.* Hac † conſtitutione declaratur cum id factum erit, non eſſe neceſſe adiici a teſtatore eos adhibitos ad teſtamentum ſcripto, aut ſine ſcripto faciendum, & merito, quia ex eo, quod ſcriptura profertur a teſtatore, aut non profertur, facile quid hic geratur, a teſtibus intelligi poteſt.

Ad L. Sancimus. 27.

Imp. Iustinian. A. Iuliano *præfecto prætorio.*

Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, & post eius confectionem decennium profluxerit: Siquidem nulla innovatio, vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? Quemadmodum enim qui testamentum fecit, & nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur: si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio: ipso iure prius tollitur testamentum; sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, & hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, & decennium fuerit emensum: tunc irritum est testamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo: prioribus constitutionibus, quæ super huiusmodi testamentis evacuandis latæ fuerant, penitus antiquandis. Dat. XV. Kal. April. Constantinop. Lampadio & Oreste. VV. CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Decennium ad voluntatem testatoris accedens, qua dixit se nolle testamentum valere, a quo die numerandum sit.*

Testator, testamento facto, si dixerit, se id testamentum valere nolle, & ad eam voluntatem hoc accesserit, ut præterierit decennium vivo testatore, testamentum rescinditur: cæterum neque lapsus decennii sine contraria voluntate, neque contraria voluntas sine decennii lapsu, testamentum infirmat: hic quæsitum
1 † est, ex quo tempore hoc decennium numerandum sit, an ex quo testamentum factum est, an ex quo contraria voluntas secuta est? Nam Iustinianus nihil de eo expressit in *vers. sin autem testator.*

Respondeo: Recte receptum est, vulgo hoc decennium sic accipi debere, si præteriit post testamenti confectionem, ut coniectura voluntatis sumatur ex iis, quæ in constitutione præcesserunt. Nam quoties aliquod verbum vel in lege, vel in testamento ambigue, vel obscure scriptum est, si de eo alia parte testamenti, aut lege apertum, ex eo quod aperte scriptum est, obscurum interpretamur, quasi scriptor de eodem senserit. *L. si servus plurium, §. ult. D. de legat.* 1. *L. heredes, §.* 1. *in fin. D. h. t. L. qui filiabus, in pr. de leg.* 1. In hac constitutione initio decennium nominatum est, quod elapsum sit post confectionem testamenti. Hanc significationem decennii post Iustinianus non mutavit: proinde & hoc casu locum habebit decisio superior.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Cum antiquitas. 28.

Imp. Iustinianus A. Iuliano *praefecto praetorio*.

Cum antiquitas testamenta fieri voluerit nullo actu interveniente, & huiusmodi verborum compositio non rite interpretata, pene in perniciem & testantium & testamentorum processerit: sancimus in tempore, quo testamentum conditur, vel codicillus nascitur, vel ultima quaedam dispositio secundum pristinam observationem celebratur (nihil enim ex ea penitus immutandum esse censemus) ea quidem quae minime necessaria sunt, nullo procedere modo, quippe caussa subtilissima proposita, ea quae superflua sunt, minime debent intercedere. Si quid autem necessarium evenerit, & ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, idest, vel victus necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori vel testibus: non esse ex hac caussa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis (quod & factum esse comperimus) uni ex testibus contigerit: sed eo quod urget & imminet, repleto, vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri. Et si quidem a testatore aliquid fiat testibus paulisper separatis, cum coram his facere aliquid naturale testator erubescat: iterum introductis testibus, consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam vel quosdam testium aliquid tale contingat: si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire: iterum eorundem testium reversum expectari, & solemnia peragi sancimus. Sin autem longiore spacio refectio fortuiti casus indigeat, & maxime si salus testatoris periclitantis immineat: tunc illo vel illis testibus circa quos aliquid tale eveniat separatis, alios surrogari, & ab eo vel ab eis tam testatorem quam alios testes sciscitari, si ea quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram his processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum: iubemus tunc eos vel eum una cum aliis testibus, ea quae oportet, facere, etsi in medio subscriptiones testium iam fuerant subsecutae. Sic etenim & naturae medemur, & mortuorum elogia in suo statu facimus permanere. Cum autem constitutione quae in testamentis ordinandis processit, cavetur, quatenus septem testium praesentia in testamentis requiratur, & subscriptio a testatore fiat, vel ab aliquo pro eo, & constitutio sic edixit, Octavo subscriptore adhibitio: & quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit, & post eius literas testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt, aliaque omnia solemniter in testamento peracta sunt, & testamentum ex hoc dubitabatur an irritum factum esset: eandem constitutionem corrigentes, sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, & hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit: sufficiat ei totius testamenti scriptura, & non alia subscriptio requiratur neque ab eo, neque pro eo ab alio: sed sequantur huiusmodi scripturam & literae testium, & omnis quae expectatur observatio: & sic testamentum validum, & codicillus, si quinque testium literae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneant, & nemo callidus machinator huiusmodi iniquitatis in posterum inveniatur. D. VI. Kalend. April. Constantinopo. Lampadio & Oreste. VV. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Brevis summa huius legis.*

1 HÆc † constitutio, *cum antiquitas*, continet duas exceptiones eius iuris, quod de scripto testamento comprehensum est in *L. hac consultissima*, *supr.* Prior exceptio pertinet ad eam partem iuris, qua cavetur solemnia peragi debere uno contextu actionis, nullo alieno actu interveniente. Posterior exceptio, quæ est *in §. cum autem*, refertur ad eam partem iuris, qua exigitur, ut testator subscribat testamento sua manu coram testibus, si imperitus est scribendi, octavum testem adhibeat, qui subscribat; excipitur, nisi testator testamentum sua manu scripserit, de quibus exceptionibus dictum est supra.

Ad L. Iubemus. 29. cum Auth. seq.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *præfecto prætorio*.

Iubemus omnino testatorem, si vires habeat ad scribendum nomen heredis, vel heredum in sua subscriptione, vel in quacunque parte testamenti ponere, ut sit manifestum secundum illius voluntatem, hereditatem esse transmissam, Sin autem forsitan ex morbi acerbitate, vel literarum imperitia hoc facere minime potuerit: testibus testamenti præsentibus, nomen vel nomina heredis vel heredum ab eo nuncupari, ut omnimodo sciant testes, qui sint scripti heredes; & ita certo heredis nomine successio procedat. Si enim est talis testator, qui neque scribere, neque articulate loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in elogiis committitur. Quam, ut exul fiat a republica nostra, maxime in testamentorum confectione, cupientes, hanc edictalem legem in orbem terrarum ponimus. Quod si non fuerit observatum, & nomen heredis vel heredum non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce coram testibus nuncupatum: hoc testamentum stare minime patimur, vel in totum, si tota heredum nomina fuerint prætermissa: vel in eius heredis institutionem, cuius nomen neque lingua neque manus testatoris significavit. Sed ne aliqua forsitan oblivio testium animis incumbat, pluribus interdum nominibus heredum expressis: ipsi testes in suis subscriptionibus, (cum testator hæc non scripserit, sed nuncupaverit) eorum nomina subscribere non differant ad æternam rei memoriam. Sin vero ipse testator in qualicunque parte testamenti nomina heredum (sicut dictum est) scripserit: supervacuum est postea testes in sua subscriptione hæc exprimere: cum forsitan nec eos scire testator suos heredes voluerit, & semel caussa ex ipsius testatoris scriptura appareat. Oportet enim omnimodo vel ex literis testatoris, vel ex voce quidem testatoris, literis autem testium, qui ad elogium conficiendum fuerint convocati, nomina manifestari heredum. Quemadmodum enim in elogio quod sine scriptura conficitur, necesse est testatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum: ita & in testamentis per scripturam conficiendis, cum is testator manu sua scribere heredes, vel noluerit, vel minime potuerit, voce tamen eius eos manifestari oportet. Quæ in posterum tantummodo observari censemus, ut quæ testamenta post hanc novellam nostri numinis legem conficiuntur, hæc cum tali observatione procedant. Quid enim antiquitas peccavit, quæ præsentis legis inscia, pristinam secuta est observationem? Scripturis & tabellionibus, & his

qui

Digitized by Google

qui conficienda testamenta procurant, quae si aliter facere ausi fuerint, poenam falsitatis non evitabunt, quasi dolose in tam necessaria caussa versati. Dat. Kal. Mart. Constantinop. post Consulat. Lampadii & Orestis. VV. CC.

Auth. ex Novell. 119. cap. 9.

Et non observato eo, subvenitur testamentis, sive per se, sive per alium quis inscribat nomen heredis.

S U M M A R I U M.

1. *Legis huius cum* L. hac consultissima *supra, antinomia & conciliatio.*

HÆc quoque constitutio exceptionem habet eius iuris, quo cautum in *L. hac consultissima*, supra nihil referre, cuius manu testamentum scriptum sit, testatorisne, an alterius. Hic Iustinianus iubet nomina heredum, aut scribi a testatore, aut ab eo palam nuncupari. Sed & hoc ius mutatum est *in Auth. sequ.* & reditum ad ius antiquum, ut dictum *ad L. hac consultissima*. Sed in hac constitutione §. *quod si non fuerit*, animadversionem desiderat. Videtur † enim hic locus
1 antinomiam habere huiusmodi. Si testamentum scriptum sit alterius manu, & in eo quinque heredes exempli caussa scripti, Iustinianus vult nihilominus hos heredes ab ipso testatore scribi, aut nuncupari. In hoc §. subiicit, si testator ex iis quinque heredibus tres solum scripserit, reliquos duos omiserit, aut si tres nuncuparit, reliquos duos non nuncuparit, eos qui nuncupati non sunt, heredes non futuros, sed eos solum, qui scripti, aut nuncupati sunt. Interim vult eos, qui scripti, aut nuncupati sunt, heredes esse.

Videri autem potuerunt ne hi quidem heredes esse potuisse, idque efficitur *L. si is, qui testamentum, D. eod.* ubi si testator ex dictis quinque testibus, quos constituerat heredes instituere, tres nuncupavit, deinde obmutuerit, placet testamentum nullius esse momenti, quasi imperfectum, eoque nec eos heredes futuros, qui aperte nuncupati sunt. Respond. in *L. si is, qui testamentum*. Testator voluit eos heredes instituere, quos non nuncupavit; ideo enim non nuncupavit, quia non potuit, puta voce morbo interclusa, ut nominatim scribitur in extremo eius responsi. In hac autem constitutione agitur de eo testatore, qui eos heredes, quos non nuncupavit, noluit heredes instituere, idque eo colligitur, quod eos potuit heredes nuncupare, si vellet; quoniam satis temporis habuit ad eos nuncupandos: non nuncupavit, cum posset, noluit igitur. Satis autem ei temporis fuisse ad eos nuncupandos, ex eo intelligimus; quia post testatoris nuncupationem subsecutae sunt subscriptiones, & obsignationes testium; proinde haec species voluntatem distinguit testatoris.

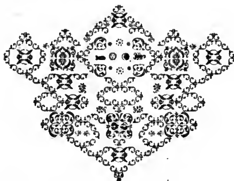
Ad L.

Ad L. penult. Nostram.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *praefecto praetorio.*

Nostram provisionem, maxime circa ultima elogia defunctorum, nunc etiam extendi properamus. Unde cum invenerimus quasdam controversias veteribus iuris interpretatoribus exortas propter testamentum quod legitimo modo conditum, septem quae testium signa habens, postea fortuito casu, vel per ipsius testatoris operam lino toto, vel plurima eius parte incisa, in ambiguitatem incidit: solitum ei praebemus remedium, sancientes, si quidem testator linum vel signacula inciderint, vel abstulerit; utpote eius voluntate mutata, testamentum non valere: sin autem ex alia quacunque caussa hoc contigerit: durante testamento scriptos heredes ad hereditatem vocari maxime cum nostra constitutio, quam pro tuitione testamentorum promulgavimus, testatorem disposuerit vel sua manu nomen heredis scribere, vel si imperitia literarum, vel adversa valetudine, seu alio modo hoc facere non possit: testes ipsos audito nomine heredis, sub praesentia ipsius testatoris nomen heredis suis subscriptionibus declarare. Dat. XV. Kal. Novemb. Constantinop. post consul. Lampadii & Orestis. VV. CC.

DE hac L. dictum est *ad L. hac consultissima*, §. *si quis autem*, *sup.*



Ad L.

Ad L. ult. Et ab.

Imp. Iuſtinian. A. Ioanni *præfecto pretorio.*

Et ab antiquis legibus, & a diverſis retro principibus ſemper ruſticitati conſultum eſt, & in multis legum ſubtilitatibus ſtricta obſervatio eis remiſſa: quod ex ipſis rerum invenimus documentis. Cum enim teſtamentorum ordinatio ſub certa definitione legum inſtituta ſit: homines ruſtici, & quibus non eſt literarum peritia, quomodo poſſunt tantam legum ſubtilitatem cuſtodire in ultimis ſuis voluntatibus? Ideoque ad dei humanitatem reſpicientes, neceſſarium duximus per hanc legem eorum ſimplicitati ſubvenire. Sancimus itaque in omnibus quidem civitatibus, & in caſtris orbis Romani, ubi & leges noſtræ manifeſtæ ſunt, & literarum viget ſcientia: omnia quæ in libris noſtrorum Digeſtorum, ſeu inſtitutionum, & imperialibus ſanctionibus, noſtriſque diſpoſitionibus in condendis teſtamentis cauta ſunt, obſervari, nullamque ex præſenti lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati, per præſentem legem ruſticanis concedimus antiquam eorum conſuetudinem legis vicem obtinere: ita tamen, ut ubi ſcientes literas inventi fuerint, ſeptem teſtes (quos ad teſtimonium convocari neceſſe eſt) adhibeantur, & unuſquiſque pro ſua perſona ſubſcribat. Ubi autem non inveniuntur literati: ſeptem teſtes etiam ſine ſcriptura teſtimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inventi fuerint ſeptem teſtes: uſque ad quinque modis omnibus teſtes adhiberi iubemus: minus autem, nullo modo concedimus. Si vero unus, aut duo vel plures fuerint literati: licet eis pro ignorantibus literas, præſentibus tamen ſubſcriptionem ſuam interponere: ſic tamen, ut ipſi teſtes cognoſcant teſtatoris voluntatem: & maxime quem vel quos heredes ſibi relinquere voluerint: & hoc poſt mortem teſtatoris iurati deponant. Quod igitur quiſque ruſticorum (ſicut prædictum eſt) pro ſuis rebus diſpoſuerit: hoc omnimodo, legum ſubtilitate remiſſa, firmum validumque conſiſtat. Dat. III. Non. Iul. Conſtantinop. DN. Iuſtiniano. A. IV. & Paulino. V. C. Coſſ.

SUMMARIUM.

1. *De teſtamentis ruſticanorum.*

1 IN † teſtamentis ruſticanorum remittitur neceſſitas ſolemnium ad formam hic conſtitutam, de quo dictum *ad L. hac conſultiſſ.* ante initium, *S. ex imperfecto.*

AD TITU-

AD TITULUM XXIV.

COD. DE HEREDIBUS INSTITUENDIS, ET QUÆ PERSONÆ HEREDES INSTITUI NON POSSINT.

SUMMARIA.

1. *Testamentum ut ab initio sit iustum, quibus in rebus positum sit.*
2. *Heredis institutio quam necessaria sit in testamento.*
3. *A parentibus liberos habentibus & testamentum conficientibus quæ exigantur, ut testamentum valeat.*
4. *Testamentum quibus modis infirmetur, rumpatur & irritum fiat.*
5. *Hereditas quomodo nobis ex testamento deferatur.*
6. *Heredis institutio quibus ex caussis sit necessaria ad acquisitionem hereditatis.*
7. *Heres quando quis institutus esse intelligatur.*
8. *Instituere heredem quid.*
9. *Heres quibus verbis sit instituendus.*
10. *Summa rerum atque ordo.*

Diximus initio *tit. qui testam. fac. poss. supr.* ita hereditatem deferri testa-
1 mento, si etiam iustum sit. Ut autem † ab initio iustum sit, tribus in rebus positum esse: in persona testantis, ut sit, qui testamentum facere potuerit: rum in iis, quæ testamento continentur. De personis dictum est *tit. qui test. fac. poss.* De solemnibus dictum est *tit. prox.* Restant ea, quæ continentur testamento, in quo genere sunt heredum institutiones, legata, fideicommissa, libertates, & tutorum dationes, *L. verbis legis, de verb. sig.* Sed ex iis cætera testamento caveri possunt. Unum ad vim testamenti necesse est, ut testator sibi heredem instituat vel unum, vel plures, cætera sunt libera testatori.

2 Sine heredis † autem institutione nihil in testamento valet. *L. 3. vers. Calpurnius, D. de iis, quæ in testam. del. L. 1. in fin. D. de vulgar. L. ult. de vulgar. L. ult. de iur. codicilli, §. inprimis, Inst. de legat.* Cætera, ut dictum, libera. Et ideo qui neque legare vult quidquam, neque de cæteris rebus cavere, sed tantum heredem instituere, eum Ulpianus ait tribus verbis testamentum conficere posse, ut dicat; *Lucius heres esto, L. 1. §. qui neque, D. eod.* & hæc lex generalis omnibus testatoribus posita est.
3 Una est specialis † in parentibus, ut qui liberos habent non quosvis alios instituant, ut testamentum valeat, sed ut instituant liberos suos omnes. Quod si eos indignos successione sua putant, duo ab illis exiguntur ad vim testamenti. I. Ut liberos nominatim iustis de caussis exheredent, & quidem iustis caussis exheredationi adscriptis, *tit. de exher. lib. & inter cætera, de liber. & postum. Authent. non licet,* infr. *de liber. præter.* Deinde hoc quoque exigitur, quod est omnium testamentorum commune, ut sibi alios heredes instituant, cum diximus, sine heredis institutione testamentum non valere. Hæc cum observata erunt, & in persona testatoris, & in solemnibus, & in heredum institutionibus, & exheredationibus, quas diximus, habebimus id testamentum, quod ab initio iustum est.

Sed ad vim testamenti non est satis ab initio iure factum esse testamentum, nisi etiam iustum perseveret. Multis autem modis accidit, ut quæ ab initio iure valuerunt, postea infirmentur. Quare si tenere volumus, quodnam sit testamentum ex omni parte iustum, etiam hoc loco quæstio introducenda est, quibus modis testamentum infirmetur, ut iis modis notatis, statuamus id testamentum iustum esse, de quo quæritur, quod & recte factum est in Dig. illos enim titulos duos, *qui test. fac. poss.* item *de lib. & postum.* consequitur tertius hanc postremam quæstionem continens *de iniusto, rupto, irritove testamento.*

Est autem † hæc summa iuris de eo. 4
Testamenta ab initio rite facta postea aut rumpuntur, aut irrita fiunt. Rumpuntur vel

vel agnatione sui heredis, aut quasi agnatione, vel alio testamento postea rite facto. Agnascitur testatori suus heres, cum post testamentum suum heres testatori nascitur, vel eo vivo, vel mortuo. De hac agnatione est in *§. postumi, Inst. de instit. & exher. liber. toto tit. infr. de postum. hered. inst.* Quasi agnasci dicitur heres, cum vel testator adoptat sibi liberos, quos in potestate incipiat habere, de qua specie est *in princip. tit. quibus modis testam. infir.* Aut eum nepotes eum tempore testamenti nati erant, mortuis parentibus suis in eorum locum succedunt, & iura suorum heredum nanciscuntur. De hac specie est in *§. postumorum, Inst. de exher. lib. & L. postumorum, D. de iniust. &c. rupt.* Posteriore testamento quomodo rumpatur prius, dictum ad *L. hac consultissima, §. si quis autem, supr. prox. titul.*

Irritum fit testamentum duobus modis. I. Testatore capite minuto, idest, vel libertate amissa, vel civitate, vel tunc eum arrogatione, aut adoptione in aliam familiam transiit, *§. alio, Instit. quib. mod. test. infirm.* Sed hoc ita, si testator capite minutus eodem statu decesserit. Nam si ad pristinum statum redierit, recenti eius voluntate testamentum convalescet, ut secundum id detur bonorum possessio. *§. non tantum, Instit. quib. mod. test. infirm.* II. Fit irritum testamentum non adita hereditate ex eo: nam hereditate non adita res eo redit, quasi ab initio testator heredem non habuerit. Est autem heredis institutio fundamentum testamenti. Hoc modo irritum fieri testamentum traditur in *L. 1. D. de iniust. rupt. &c.*

Distinguitur tamen alibi irritum testamentum ab eo testamento, ex quo hereditas adita non est, nempe *sub tit. de her. quæ ab intestat. in pr.* Sed hoc docendi caussa fit, ut res plures nominibus suis distinctæ magis intelligantur. Cæterum revera irritum id testamentum est, quod exitum non habet, indicatur hoc in *d. §. alio, Instit. quib. mod. test.* Licebit etiam modos infirmandi testamenti ita dividere fortasse commodius, certe plenius, ut statuamus testamentum infirmari partim volente testatore, partim invito. Voluntate sola nunquam testamentum infirmatur, sed cum ad voluntatem accesserit aliquid, nimirum, ut aut mutentur tabulæ testamenti, aut tabulis integris manentibus aliud testamentum fiat, de quibus generibus dictum ad *L. hac consultissima, supr. t. prox. §. si quis autem.*

Invito, tribus modis: agnatione heredis sui, seu quasi, capitis diminutione testatoris, & hereditate ex eo testamento non adita, de quibus ante dictum. Cum testamento ab initio rite facto nihil illorum postea inciderit, quibus testamenta infirmantur, iam certo statuere poterimus, id testamentum, de quo agitur iustum esse, de quo huc usque quæsivimus.

Hoc constituto longius progrediendum
in quæstione † acquirendæ hereditatis. 5
Nam ut nobis hereditas acquiratur ex testamento, hoc non est satis, iustum esse testamentum, ex quo iudicemus hereditatem, sed oportet etiam ex testamento eo nobis hereditatem deferri. Sic autem nobis defertur, si eo testamento heredes
instituti simus. Ex † quo apparet here- 6
dis institutionem, seu omnem de heredibus instituendis quæstionem duabus de caussis necessariam esse ad acquisitionem hereditatis. Primo propter testamentum, ut valeat; nam supra dictum sine heredis institutione testamentum non valere, propter quam caussam, etsi sola esset, aptissime hic titulus subiicitur superioribus, ut in eo constituatur vis testamenti. Sed & necessaria est hæc quæstio propter nos, qui hereditatem ex testamento vindicare volumus, posteaquam nihil ad rem pertinet testamentum iustum esse, nisi & eo heredes instituti simus. Hinc introducitur quæstio de heredibus instituendis.

Ut ergo hoc modo nobis deferatur hereditas, duabus rebus continetur, si heredes instituti sumus, & ita, ut consistat iure institutio. Nihil enim interest, utrum aliquid non fiat, an non recte fiat, *L. quoties, 6. D. qui satisdar. cog.* Institutus
aliquis intelligitur † heres, eum testator 7
id fecit, quod verbum significat, & id
quoque voluit. Instituere † autem here- 8
dem est statuere, & designare sibi successorem, idest, scripto & verbis declarare, quem tibi mortuo successorem esse velis in omne ius tuum; nam hereditas hanc successionem universi iuris significat; *L. nihil aliud, de verb. sig. L. hereditas, de reg. iur.* proinde heres intelligitur universi iuris successor, *§. legatariis, de test. ordin. L. quædam, §. 1. D. de edendo.*

Quibus autem † verbis id testator de- 9
claret, nihil refert. *L. quoniam, sup. tit. prox.* Solemnia verba antiquitus hæc erant: *Lucius Titius heres esto, L. 1. §. neque, D. de hered. instit.* Sive autem scribatur heres, sive nuncupetur sine scripto institutum intelligimus. *d. L. 1. §. neque, D. de hered. instit.* Non est tamen satis hoc verbis exprimi, nisi etiam con-

concurrat voluntas testatoris, quod inter-
dum non fit, & ob hanc caussam nulla est
institutio. Exempla sunt in *L.* 3. 4 &
L. etiam, sup. h. t. Sic consistit heredis
10 † institutio, si & is instituitur heres, qui
institui potest, & rite instituitur, ut vis
institutionis consistat in his tribus: in per-
sona heredis, conditione, & in instituendi
modo. Hinc duæ quæstiones vim institu-
tionis explicantes. I. Qui heredes institui
possint, vel non, de qua est hoc titulo
præcipue, ut inscriptio declarat. II. Quo-
modo heredes institui possint, ad quam
proximi duo referuntur. Qui heredes in-
stitui possint, ostenditur in *L.* 1. *h. t.*
pertinet huc *L. collegium*, *L. extraneum*,
infr.

Ad L. Qui deportantur. 1.

Imp. Titius Ælius Anton. A. Anthestiano,

Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini, capere non possunt, sed hereditas in ea caussa est, in qua esset, si scripti non fuissent. Sine die & consule.

SUMMARIA.

1. *Summa huius legis.*
2. *Peregrini heredes institui non possunt.*
3. *Peregrini in usu iuris qui dicantur, & quid peregrinitas.*
4. *Soli cives Romani heredes institui possunt: quia cum iis solis testamenti factio est.*
5. *Cives Romani qui sint, & qui non.*
6. *Servus an heres institui possit.*
7. *Hostis noster inutiliter heres instituitur: similiter & is, qui ad eum defecit.*
8. *Hostes & hostium numero qui sint.*
9. *Servi pœnæ olim qui & an heredes institui potuerint.*
10. *Deportati qui sint, & qui eorum numero habeantur, & an heredes institui possint.*
11. *Relegati qui.*
12. *Heretici qui sint, qui eorum numero habeantur, & quod heredes institui nequeant.*
13. *Deportatis heredibus institutis, cum ex hereditate nihil capiant, ad quem ea hereditas pertineat, ad fiscum ne, an ad heredes legitimos redeat.*
14. *Omnes, qui sunt cives Romani, heredes institui possunt.*
15. *Qui ex Civibus Romanis a quovis institui non possint.*
16. *Qui nec solidum capere valeant.*
17. *Qui item sint qui instituuntur inutiliter.*

1 TRia † hic statuuntur. I. Peregrinos
heredes institui non posse: cum enim
dicitur, deportatos non posse institui tan-
quam peregrinos, idest, ut qui peregri-
ni sint, prius præsupponitur, peregrinos
institui non posse, alioqui male colligere-
tur de deportatis. II. Statuitur, deporta-
tos peregrinos esse, & ob hanc caussam
institui non posse. III. Continet effectum
utriusque definitionis superioris, nempe
ut sive deportati, sive qui alii peregrini
heredes instituantur, hereditatem capere
non possint, sed pro non scriptis habean-
tur. Quæ tria sigillatim excutienda sunt.
2 Dicimus † peregrinos heredes institui
3 non posse. Peregrini in usu iuris † dicun-
tur, qui cives Romani non sunt, & pere-
grinitas status eorum, qui cives Romani
non sunt. *L.* 6. *§. solemus, D. h. t. l. sed
si hoc. §. sed si per pœnam, D. de in
ius voc.* Unde intelligimus superioribus
verbis hoc statui, eos, qui cives Romani
non sunt, heredes institui non posse. De
quo iure, ut facilius & plenius possit sta-
tui, ad intelligentiam aliorum etiam loco-
rum, ad eandem quæstionem pertinentium,
sic habendum est, eos solos heredes insti-
tui posse, cum quibus testamenti factio est,
L. si aliorum, §. 1. *L. non minus, D.
h. t.* Cum solis autem civibus Romanis
testamenti factio est, soli igitur † cives 4
Romani heredes institui, & ex nostro te-
stamento capere possunt. Cum solis civi-
bus Romanis testamenti factionem esse in-
telli-

telligimus ex primo & secundo capite legis Falcidiæ, quæ exstat in *L. 1. D. ad L. Falcid.* Quibus cautum est, solis Romanis civibus testamento legari posse. Intelligimus autem *ex §. legari, Instit. de legat.* solis iis reliqui posse, cum quibus testamenti factio est. Ex quo efficitur, cum solis civibus Romanis testamenti factionem esse.

5 Quærendum est igitur, qui sint † cives Romani, & qui non sint, ut utraque definitio intelligatur. Dictum superiori titulo, cives Romanos esse, qui liberi sunt & in orbe Romano: nulli cives Romani, nisi liberi, *§. ult. in fin. Instit. de libertin.* Nec satis est liberos esse, nisi sint in orbe Romano, *L. in orbe Ro. D. de stat. hom.* Quod si ita est, duo sunt genera eorum, qui cives Romani non sunt, servi, & qui non sunt in orbe Romano: proinde totidem genera eorum, qui ex civium Romanorum testamento capere non possunt, ut nec heredes institui. Quod
6 † ad servos attinet, videri potest in his, quod sit falsa definitio. Constat enim etiam servos a nobis institui posse, & nostros & aliorum civium, & item eos, qui ab hostibus capti sunt. *L. non minus. L. illa, seq. §. ult. D. eod.* Sed nihil fit adversus definitionem supra positam: nunquam enim servus heres institui potest, nisi eum in horum persona civis Romanus institui intelligitur: cum servum nostrum heredem instituere non possimus, nisi cum libertate, & ideo non nisi tunc, cum liber erit, & civis Romanus factus est, *tit. eod. in pr.*

Alienum servum etiam sine libertate recte instituemus, *§. alienus, Inst. eod.* sed hoc ideo, quia sub persona servi dominus servi, idemque civis Romanus institui intelligitur; quoniam hereditas illi acquiritur, & ex eius tantum persona cum servo testamenti factio est, ut diserte scribitur in *d. L. non minus, D. h. t.* Qui autem ex civibus nostris ab hostibus capti sunt, ideo recte instituuntur, quia si redierunt, postliminii ius habent, quo efficitur, ut perinde habeantur, quasi nunquam capti essent, & proinde quasi cives Romani mansissent. *d. L. illa. §. ult. D. eod. §. si ab hostib. Instit. quib. mod. ius.* Quod si in persona servi neque ius postliminii est, neque alius dominus civis intelligitur, omnino servus heres institui non potest. Et breviter, servus ut servus institui non potest. Exemplo sunt servi pœnæ, aut qui in metallum damnati sunt: his institutis, placet nullam esse institutionem, quia nullos dominos habent, ex quorum persona consistat institutio, *L. 3. D. de his, quæ pro non scriptis habentur.*

In orbe Romano sunt duo genera hominum. Primum hi, qui Imperio Romano subiecti non sunt, in quo genere sunt hostes. Ideo † citra controversiam hostes 7
inutiliter instituuntur. Unde qui ab hostibus nostris capti sunt, si a nobis instituti ibi decedant, nulla institutio est, quia hostibus hereditas acquiri non potuit, ut intelligitur ex *d. L. illa, D. eod.* Hostes qui sint, † definitur in *L. hostes, de verb.* 8
sig. & *L. hostes, D. de captivis.* Hostium numero sunt, qui ad hostes defecerunt; item qui cum arma ferrent adversus patriam, tanquam hostes a senatu iudicati sunt. Horum utrique civitatem amittunt, ac proinde omnia, quæ sunt civium Romanorum, qua ratione etiam capite minui dicuntur, *L. amissione, §. 1. de cap. diminut.* Alterum genus est eorum, qui Imperio Romano subiecti sunt, nec sunt in numero hostium, sed ex numero civium Romanorum exempti sunt damnatione. Horum tria sunt genera, servi pœnæ, deportati, heretici, hi de quibus constitutionibus Imperatorum cautum est.

Servi † pœnæ erant olim, qui damna- 9
bantur in metallum, aut ad bestias, ut iis subiicerentur, aut ad ferrum, hoc est, ad gladium, ut cum alio decertarent gladio spectaculi publice præbendi caussa, quæ olim spectacula Romæ erant. *L. eius, §. ult. D. de testam. & qui test. fac. poss. §. pœnæ servus. Instit. quibus modis ius patr. potestat. solv.* Hi cives Romani esse desinebant, quoniam non tantum civitatem amittebant, sed etiam libertatem: efficiebantur enim servi pœnæ, *§. maxima, Instit. de capit. diminut.* Ob hanc caussam institui heredes non poterant, nec quidquam ex testamento civium Romanorum capere poterant, *L. sunt quidam, D. de pœnis, L. 3. de iis, quæ pro non script. habentur.* Hodie constitutione Iustiniani nemo damnatione fit servus, *§. quod autem prius, & §. sequent. Novell. de nupt.* Sed nihilominus libertate iis relicta, alterum ex iure antiquo manet, ut ii civitatem amittant; qua una de caussa ex testamento civium Romanorum capere non possunt, ex definitione proposita.

Deportati sunt, † quos præses pronun- 10
tiavit in insulam deportandos, si modo & Princeps sententiam præsidis confirmavit, & assignavit insulam, *L. 6. §. eius qui, D. de iniust. rupt. L. 1. §. deportatos, D. de legat. 3.* Non omnes, qui iuben-

Digitized by Google

iubentur exeedere ex finibus alicuius regni, aut regionis, deportatorum numero sunt. Nam & relegati in insulam eiiciebantur finibus; qui tamen & civitatem & libertatem retinebant, §. *cum autem, versic. relegati*. Instit. *quibus modis ius patriæ potestat. solvat*. Igitur deportatos a relegatis distinguebant verba sententiæ præsidis, ut deportati intelligerentur, in quibus eiiciendis præses *deportandi* verbo usus esset: relegati, in quibus *relegandi*: deportati deportatione civitatem amittunt, eoque modo caput eximitur ex civitate, cuius & persona eximitur ex civitate. *d. §. cum autem, Inst. quibus modis patria potestas solvatur, L. 2. D. de public. iudic. L. 2. §. 1. D. de pœnis*. Ob hanc caussam deportati heredes institui non possunt, ut hic cautum est. Sic enim intelligimus, eos ad definitionem superiorem peregrinorum pertinere.

11 Hodie moribus † nostris, & fere omnium Christianorum, cum nullæ insulæ sint, in quas damnati deportari soleant, intelligere debemus omnes, qui iubentur exsulare, idest, quibus interdicitur finibus alicuius regni, vel regionis, solum in numero relegatorum esse, non deportatorum, & iura civitatis prioris, & libertatem retinere, ut & testamenta facere possint de iis, quæ habent, & ex testamento civium eorum veterum quidvis capere, nisi nominatim sententia præsidis ius civitatis illis ademptum sit, & sententia comprobata sit a Principe, *arg. L. 1. §. deportatos, D. de legat. 3. d. L. 3. §. eius qui D. de iniust. rupt.*

12 Hæreticos † etiam intelligimus eximi ex numero civium Romanorum, ex eo, quod constitutiones iubent nihil ex legibus eis commune esse cum cæteris. *L. Manichæos, supr. de hæretic.* Nam cives iuris civilis communionem habent. Hæreticos dicimus eos, de quibus nominatim comprehensum est, *L. Manichæos, & L. Ariani, sup. de hæret.* Hac de caussa vetantur etiam ex testamento alieno quidquam capere iisdem constitutionibus. Hæreticorum numero habentur Apostatæ, qui a fide Catholica defecerunt ad hostes fidei, de quibus cautum est, *L. 1. & L. 3. sup. de Apostat.* Hæc de primo capite peregrinorum dicta sunt. Secundum caput pertinebat ad deportatos, & de iis satis dictum supra.

Tertium caput diligenter expendendum est. Cum ergo hic dicitur, peregrinos & nominatim deportatos heredes institutos capere nihil posse, sed pro non scriptis haberi, id hanc significationem habet: iis heredibus † institutis cum hereditatem non 13 capiant, hereditatem ad heredes legitimos redire, aut si qui alii heredes instituti sunt, his portionem incapacium heredum accrescere, breviter autem hereditatem ad fiscum non pertinere; quia id iuris est quasi ii heredes instituti non essent. Quam sententiam, quia nonnulli loci dubiam faciunt, conducet nos in ea sententia confirmare; probatur autem iis argumentis tribus. Primum, si deportati nullo modo instituti essent, nec alii heredes scripti hereditas rediret ad heredes legitimos, nec prius pertineret ad fiscum, quam constaret bona esse vacantia, idest, defunctum nullum habere heredem, *L. 1. in pr. & §. qui semel, §. de success. edict.* Ergo etsi deportati instituti fuerint, nihilominus hereditas in eadem caussa erit, ex hoc loco, quia perinde habetur, quasi scripti non essent.

Deinde, deportatis heredibus institutis non potest hereditas ad fiscum pertinere, ni hereditas auferatur heredibus scriptis tanquam indignis, ut sic illis ablatam fiscus vindicet, *L. cum quidam, & tot. tit. D. de iis quæ ut indig.* Non potest autem hereditas deportatis auferri, nisi prius eam cœperunt, quod & verbum satis probat, & declaratur *ex L. ex facto, §. ult. D de vulgar.* Deportati autem instituti capere non possunt, ut hic expressum est, proinde nec eis hereditas auferri potest, ideoque nec ablata vindicatur fisco. Postremo hæc sententia certis locis, & disertis statuitur, ea quæ pro non scriptis habentur, ad fiscum non pertinere, *L. 3. D. de iis, quæ ut indig. L. un. §. 1. infr. de codicill.* Hic autem diserte scriptum est, deportatos heredes institutos pro non scriptis esse. Ex quo efficitur, eam hereditatem non pertinere ad fiscum.

Sed dubitationem adferunt hi duo loci. Primum *L. cum quidam, D. de his, quæ ut indig. auf.* Nam illic ita scriptum est: *cum quidam, scripsisset heredes, quos instituere non poterat, tamquam indignis hereditatem* auferri pridem placuit. Respondeo: diligenter hæc verba expendenda sunt; *heredes, quos testator instituere non poterat*. Quibus verbis significantur hi heredes, qui alioqui sua conditione institui possunt, sed non possunt institui a testatore propter delictum aliquod, quod cum fit, si ii nihilominus instituuntur, valebit quidem institutio, sed hereditas tanquam indignis heredibus aufertur, & vindicatur fisco. Huiusmodi est heres mulier, quam testator prius adulterio cognoverat, si illa in-

Digitized by Google

ftituatur heres, & e converso si illa instituat heredem eum, a quo cognita erat, *L. Claudius*, & *L. mulierem*, *D. eod. de iis quæ ut indig.* Nos hoc loco de iis heredibus agimus, qui in totum heredes institui non possunt, quos eum dicamus pro non scriptis esse, consequens est, si instituantur, institutionem de priore iure hereditatis nihil mutare.

Alter locus est *L. si deportati*, *D. de leg.* 3. ubi scriptum est, si deportati servo fideicommissum relictum sit, id ad fiscum pertinere. Si quis dicat aliud esse, si quid relinquatur deportati servo, aliud si ipsi deportato, de quo hic agitur, in promptu responsio est: nam quorum servis relinqui potest, iis etiam relinqui ipsis potest, non est enim testamenti factio cum servis, nisi ex persona dominorum, cum quibus etiam testamenti factio est, *L. non minus*, *D. eod.* Quare si concedimus deportati servo fideicommissum recte relinqui, ut relictum ad fiscum pertineat; necessario concedendum est, etiam deportato recte relinqui, ut relictum ad fiscum eodem modo pertineat. Quod & verum est, sed non adversatur huic loco: distat enim multum, utrum deportato fideicommissum relinquatur, an heres instituatur deportatus. Fideicommissum deportato relinqui potest, heres institui non potest. Differentiæ ratio sumitur ex ea definitione deportati bonorum, quæ traditur in *L. sunt quidam*, *D. de pœnis*. Illic scriptum est, deportatos, & omnes tales, non habere ea, quæ sunt iuris civilis, sed habere, quæ sunt iuris gentium. Secundum hanc sententiam deportati heredes institui non possunt, quia non est institutio, nisi testamento, nec testamentum, nisi ordinatum ex iuris civilis solemnibus, *§. sed cum paulatim*, *Inst. de testam ordin.* Huius iuris communionem non habent deportati, utpote qui cives Romani non sunt, ut dictum. Contraria de caussa fideicommissum deportatis recte relinquitur; quia fideicommissum naturaliter ex sola voluntate testatoris valet, *L. pen. D. de leg.* 1. *L. cum proponebatur*, *D. de leg.* 2. Nec solemnia iuris desiderantur in fideicommisso, quod declaratur hoc argumento; nam codicillis recte relinquitur; codicilli autem solemnia iuris non desiderant, *§. ult. Inst. de codicill.*

Sed huic rationi & distinctioni adversantur verba *d. L. deportati*. *D. de leg.* 3. Nam si verum est, quod dicimus fideicommissum recte relinqui, quia deportatus possit habere ea, quæ sunt iuris gentium: consequens erit fideicommissum pertinere ad deportatum, non ad fiscum. Nunc autem in d. *L.* scriptum est, fideicommissum ad fiscum pertinere. Respondeo; fideicommissum deportato acquiri, verum est, iuxta *d. L. sunt quidam*: nec eo minus verum est, idem ad fiscum pertinere; pertinet enim ad fiscum, sed suo tempore: quod, quid sit, intelligimus *ex L.* 2. *inf. de bon. proscript.* ubi significatur, deportatum ea, quæ post deportationem acquirit, sibi habere, sed ea, quæ prius habuit, etiam fisco publicari, ut sic effectu omnia deportati bona publicentur, & ea, quæ ante deportationem habuit, & ea, quæ postea; sed alia prius, alia posterius.

Cum autem hic dicimus, peregrinos, † & qui cives Romani non sunt, heredes institui non posse, quia non sit cum iis testamenti factio, ex eo per contrarium admonemur, cum civibus Romanis testamenti factionem esse, eosque ex testamento civium Romanorum capere posse, quod & verum esse declaratur cap. 1. & 2. legis Falcid. *L.* 1. *ad L. Falcid.* Id adeo verum est, ut quanvis sint aliqui cives Romani, qui testamenti factionem non habeant, nihilominus sit cum illis testamenti factio, ut alterius testamento heredes institui & capere possint, ut mutus surdus, prodigus, impubes, furiosus, *L. filiusfam. D. de testam.* & *qui test. fac. poss.* Sed tamen hoc non est perpetuum. Etiamsi enim omnes cives Romani conditione sua heredes institui possint; tamen quidam sunt, qui non possunt a quovis institui, neque quovis modo: quidam sunt, qui solidum capere non possunt: quidam, qui in totum possunt institui, sed non ita, quin iis institutis hereditas auferatur ut indignis, & fisco vindicetur. 14

Quidam † sunt, ut dixi, qui a quovis institui non possunt. In hoc genere sunt hi, qui nati sunt ex incesto coitu; nam hi a quibusvis extraneis heredes institui possunt: a civibus Romanis, a parentibus non possunt, neque quidquam ex testamento eorum capere, *§. ult. Novell. quib. mod. nat. eff.* Sunt etiam, qui institui possunt, sed non eodem modo, quo sunt instituti. In hoc numero est Imperator & Princeps, quem constat simpliciter heredem institui posse, *L. non dubium*, *sup. t. prox.* Sed placuit eum non posse institui litis caussa, *§. ult. Inst. quib. mod. test. infirm.* Ratio redditur in *L. pen. D. h. t.* Quidam etiam † capere solidum non possunt. Huius generis multos olim fuisse constat, & huius iuris varias caussas, de quo iure exstat in fragmentis Ulpiani 15 16

ni de solid. incapac. Sed totum illud ius exsoletum, mansit tantum pars in filiis naturalibus, de quibus cautum eadem *Novel. Inst. quib. mod. nat. eff. in §. discretis*, ad hanc summam, ut si testator legitimos liberos habeat, filii eius naturales ex una tantum uncia ab eo institui possint; si non habet liberos legitimos, sed parentes, tunc filii naturales ex besse, idest, octo unciis, heredes institui possunt, reliquis unciis destinatis parentibus pro legitima ratione. Quod si testator neque liberos legitimos, neque parentes habeat, placet filios naturales solidum capere posse ex testamento patris.

17 Sunt etiam, ut dixi, qui a quovis † recte instituantur, sed inutiliter, quia fiscus hereditatem vindicet. Id accidit, cum aliquis mulierem adulterio cognovit; nam sive ipse eam mulierem postea heredem instituat, sive ab ea ipse instituatur, consistit quidem institutio, ut hereditas non veniat ad legitimos defuncti, sed ea instituto ut indigno aufertur, *L. Claudius*, & *L. mulierem*, *D. de his, quæ ut indig. aufer.* Quemadmodum autem cives Romani heredes institui possunt, sic possunt eorum servi ex persona eorum, *d. L. non minus*, *D. d. t.* Sed & hoc non est perpetuum: nam primum servus adulterio cum domina maculatus, non potest institui ab ea, quæ eius criminis postulata est, propterea quod vetatur ab ea manumitti. Non potest autem proprii servi institutio procedere sine libertate, *§. est autem. Inst. de hered. instit.* Præterea lege Ælia Sentia cautum est, nec eos, qui solvendo non sunt, servus suos testamento posse manumittere præter unum, quem heredem instituere possunt, ita ut et liber fiat, & heres solus ac necessarius, ut est *in Instit. quib. ex caussis manum. non licet.*

Ad L. Pater tuus, 2.

Imp. Antoninus A. Cælitio.

Pater tuus si ex residua parte heres institutus est, quam aliter heres scriptus capere non poterat, isque ad nullam partem hereditatis per conditionem suam admitti potuit: ex asse heres exstitit. Nam residui commemoratio etiam totum admittit, PP. XV. Kalend. Iulii. Romæ, Duobus & Aspris. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Species h. Legis.*
2. *Secundum ex residuo quod Primus capere non valeat, institutum totum accipere, ubi Primus nihil capere possit.*
3. *Residuum quid significet ex verbi significatione, & quid ex mente testatoris & n. 4.*

1 Testator † primum & secundum heredes instituit, iis verbis: *primus ex ea parte, quam per leges capere potest, heres esto. Ex residua secundus heres esto.* Mortuo testatore compertum est, primum nihil capere posse. Quæsitum est, utrum secundus admittatur, & ex qua parte, propterea quod institutus non ex toto, sed ex residua, deinde quod nihil videtur re-
2 siduum? Rescriptum est, † eum ex asse heredem futurum, etiamsi verbo sit institutus ex parte. Nec obstare significationem residui, quod verbum videri potest esse partis nomen, quia residui commemoratio totum continet. Sed huic sententiæ duo obstant, primum significatio verbi. Nam † residuum significat partem sine 3
dubio, non totum. Residuum enim dicitur, cum duæ sunt partes, aut plures alicuius totius, & quibusdam prius remotis restat aliquid, quod nondum attactum est, id enim, quod restat, solum dicitur residuum. Respondeo: Ita est, residuum partem significat verbi significatione. In specie autem † proposita ex voluntate testa- 4
toris, significat totum, eaque significatio ex præcedentibus liquido intelligitur. Cum enim testator dixerit: *Ex residua parte secundus heres esto*, subaudiendum est ex residua parte, quam non poterat capere.

Ita

Digitized by Google

Ita sententia testatoris secundus institutus est ex eo, quod primus capere non poterat. Primus autem capere nihil potuit: proinde voluntate testatoris ex eo toto, quod primus capere non poterat, secundus heres institutus est. Itaque hæc verba: *Residui commemoratio totum continet, &c.* sic accipienda sunt: In hac specie totum continet, ubi voluntas testatoris manifesta est. Rursus eadem significatio verbi alio modo efferri potest. Secundum non modo non admitti ex asse, sed ne in partem quidem. Nam in proposito nihil est residuum. Quoties autem aliquis heres instituitur ex residua parte, si nulla pars residua est, omnino non est heres, *L. item quod Sabin. §. sed si ex asse, D. h. t.* Ex quo efficitur in proposito, secundum nulla etiam parte heredem fore, Nihil autem hic residuum esse apparet ex eo quod nulla pars ante detracta est, quam primus possit capere. Ubi autem prius nihil detrahitur, aut ponitur, nihil dici potest residuum esse, id enim residuum est, quod restat. Respondeo. Revera hic nihil residuum est, quod primus capere non possit, cum nihil sit, quod capere non potuerit. Sed cogitatione testatoris hic duas habet partes, quo primus unam capiat, alteram non capiat. Testator ad hanc cogitationem orationem suam accommodat, secundum quam appellat residuum id totum, quod primus heres capere non poterat, & ex eo toto secundum substituit. Cum de voluntate testatoris constat, subtilitatem verborum spectare non debemus, *L. ex facto 2. §. rerum, D. h. t.* Huc pertinet. *L. non aliter, de L. 3.* Huic autem quæstioni huius loci, locus esse potest, si proponas patrem naturalem instituisse filium suum ex ea parte, quam capere poterat, deinde mortuo patre compertum sit, hunc filium natum esse ex incesto coitu: sic enim fit, ut in totum capere nihil possit ex testamento patris naturalis secundum ea, quæ dixi *supr. ad L. 1.*

Ad L. Cum proponas. 3.

Imp. Alexand, A. Vitali militi.

Cum proponas Alexandrum equidem testamento primo loco Iulianum ut libertum suum heredem instituisse, eique substituisse his verbis: Quod si ex aliqua caussa primus heres hereditatem meam adire noluerit, vel non potuerit: tunc in locum eius secundum heredem substituo Vitalem: *Post mortem autem testatoris Iulianum servum communem fuisse defuncti militis & Zoili fratris eius apparuerit, an tu ex substitutione admittaris, voluntatis est quæstio. Nam si credens eum proprium & suum libertum heredem instituit, nec per eum ad alium quenquam hereditatem pertinere voluit: exstitit conditio substitutionis: tibique hereditas delata est. Quod si verba substitutionis subscriptæ ad ius retulit, ut si nec per semetipsum alium fecisset heredem (potuit enim quamvis iubente domino, nolle adire) ita demum substitutus vocaretur: si tamen paruerit domino, & adierit: substitutioni locus non est. PP. VI. Kalend. Maii, Maximo II. & Æliano Coss.*

S U M M A R I A.

1. *Herede servo instituto, cui nisi heres erit, substitutus sit alius, an illo iussu domini adeunte hereditatem substitutus excludatur; & quando in partem cum domino servi admittatur substitutus & num. 2.*
3. *Et in quam partem admittatur.*
4. *Proponitur & illustratur species* L. si paterfamilias 40. D. de hered. instituen.
5. *Eiusdem* L. si paterfamilias, *genuina & emendata lectio contra Cuiacium.*

1 CUm † testator servum heredem instituit, & nisi heres esset, ei aliquem substituit, servo iussu domini hereditatem adeunte, quæsitum est, an substitutus excludatur, quasi deficiente substitutionis conditione. Controversia hinc nascitur: quia

quia alio videntur trahere verba substitutionis, alio sententia testatoris. Nam verbi significatione servus hereditatem adeundo non fit heres, quoniam domino hereditatem acquirit, ut nec videatur hereditas apud eum momento substituisse, *L. placet*, *D. de acquir. her.* Rursus voluntas testatoris est, servo herede instituto, ut is sibi hereditatem acquirere possit, vel domino, alioqui frustra instituceretur heres. In hac controversia ex sententia & errore testatoris, itemque ex eius obscura & incerta voluntate, varie constitutum est a veteribus, ut declaratur *§. ult. Instit. de vulgar. L. si paterfam. L. seq. D. h. t. & h. L.* 3. qui omnes loci ad eandem quæstionem pertinent, nec unus sine alio recte intelligi potest.

Est autem de hac re hæc iuris veterum distinctio. Refert, utrum testator, qui servum heredem instituit, eum sciat servum esse, an vero liberum putet, & ita ei alium substituat. Si scit servum esse, servo hereditatem adeunte substitutus excluditur, quia testator voluit servum, quem instituebat, hereditatem domino acquirere aut sub conditione acquirere sibi. Nam aliter hic servus heres fieri non poterit. Id autem intelligitur testator voluisse, quod iure fieri potuit, ut declaratur in *d. §. ult. in fin. Institut. de vulg.* Quod si testator servum, quem instituebat, liberum putavit, nec quidquam amplius significavit de sua voluntate, quatenus vellet eum servum heredem esse; placuit, quamvis is servus iussu domini hereditatem adierit, tamen in hereditatem substitutum admitti, non quidem in totum, sed admitti in partem una cum domino servi instituti, ut sic ambo in partem hereditatis admittantur, *§. ult. in pr. L. & hoc, D. hic.*

Hoc a veteribus prima ratione absurdum constitutum videtur. Nam cum hic servus hereditatem adierit, ut & superiore casu; cur uno & ibidem & hic substitutus excluditur? Hoc Iulianus expedit in *L. si paterfam. D. h. t.* & totidem verbis *in d. §. ult. Instit. de vulgar.* explicatur. Est autem hæc ratio, quia & secundum verba substitutionis & secundum voluntatem testatoris servus, quamvis hereditate adita, heres non est, & proinde exstitit conditio substitutionis, eoque & substituto locus factus est. Quod ad proprietatem verborum attinet, iam dictum, servum hereditatem adeundo, proprie heredem non esse, sed dominum, cui hereditas acquiritur, *d. L. placet, de adquir. hered.* Quod attinet ad voluntatem testatoris, perspicuum est, cum testator eum instituerit, quem liberum putabat, testatorem hoc animo esse, ut ipse sibi hereditatem adquirat, vel ut ex libero servus factus eam acquirat alii; quoniam id futurum erat, si servus heres institutus liber fuisset, qualem testator esse putavit. Et ideo etiam subiicit: *Quod si heres non erit, Titius heres esto.* In verbis, *heres non erit*, cogitatione sua hoc dixisse intelligitur: *Si neque ipse sibi hereditatem acquisierit, neque mutata conditione alium heredem fecerit.* At in proposito nihil eorum factum est, cum servus hereditatem adiret iussu domini, primum quia sibi non acquisivit hereditatem, cum servus esset; deinde quia mutata conditione non quæsivit alii, cum neque mutaverit ipse conditionem, & etsi mutasset, hereditatem acquisivisset sibi & non alii. Ex quo intelligimus secundum conditionem substitutionis eum heredem factum non esse, & ita exsistente conditione substitutionis, substituto locum esse.

Sed ex hac re incidimus in maiorem difficultatem. Nam si conditio substitutionis exstitit, substitutus admitti debet in totum, non in partem, servo & domino eius exclusis. Respondeo: Hoc recte diceretur, si constaret plane, quid in hac conditione substitutionis testator sensisset: nunc autem quid senserit, incertum est, & nihilominus pro domino servi instituti faciunt & verba institutionis, & voluntas testatoris. Nam servus heres institutus postquam iussu domini adiit hereditatem, non est, quidem heres iure, at est heres voluntate testatoris, neque id sine manifesto effectu. Nam si servus interim liber fiat, sibi hereditatem soli acquiret: si servus maneat, tamen hereditatem non adibit, nisi velit, eaque nec domino adquiret, nisi velit, ut dicitur in *d. L.* 3. *in fin.* Neque cogitatio, seu error testatoris refragatur: nam si testator voluit eum servum, quem liberum putabat, mutata postea conditione novum dominum heredem facere, consentaneum est, ut si servus adhuc servus sit, voluerit testator, ut præsentem dominum faceret heredem, cum novum dominum testator nosse non posset, præsentem autem antehac nosse potuerit.

In hac ergo incertitudine voluntatis testatoris visum est † neque substitutum excludendum in totum, neque rursus in totum admittendum, sed mediam sententiam sequendam esse, ut ambo ad hereditatem admittantur pro parte, ut alias mediam sententiam veteribus sequi placet 2

in

in ambiguis rebus, in quibus rationes contrariæ rem in contrarias sententias distrahunt. Exempla sunt in *L. antiqui, circa fin. D. si pars hered. pet. §. cum ex aliena, Instit. de rer. divis. §. ult. Instit. quib. ex causs. man. non licet.* Sed videri potuit in hac incertitudine voluntatis testatoris neuter esse heres, neque institutus, neque substitutus, ut fit, cum ex duobus Titiis, Titius tutor datus est, & non intelligitur de utro testator dixerit: placet enim neutrum tutorem fore, *L. duo sunt, D. de test. tut.* Respond. Dissimilia hæc sunt: nam cum testator Titium tutorem dat, unum tutorem dat non duos, & fieri potest, ut si unum tutorem dedimus ex duobus, eum eligamus de quo testator non sensit, & ob id neuter erit, ne contra eius voluntatem faciamus. At in proposito testator aperte duos heredes instituit, servum, quem primo loco instituit, & substitutum, quem secundo loco: proinde utrunque excludi, est contra voluntatem testatoris.

Restat ergo, ut cum de parte ignoremus, utrumque in partem admittamus.
3 Quæsitum est, in † quam partem? Resp. Cum voluntas testatoris & pro domino instituti, & pro substituto pariter faciat, consequens est, ut in pari caussa, parem quoque portionem esse utriusque partis oporteat. Admittentur ergo ex æqualibus portionibus. Id intelligitur ex *d. L. & hoc, D. hoc tit.* ubi simpliciter dicitur, in hac specie hereditatem dividi inter dominum servi, & substitutum. Qui hereditatem dividit, neque partes adiicit, æquas partes dicere intelligitur ex *d. §. ult. Inst. de vulg.* ubi simpliciter scriptum est in hac specie, Mœvium substitutum in partem admitti. Qui partem nominat, neque adiicit, quotam intelligat, dimidiam intelligere dicitur, *L. nomen, §. partitionis, D. de verb. sig.*

Sed huic partitioni adversatur *L. si paterfam. in fin. D. h. t.* ubi ita scriptum est, in hoc casu duos semisses fieri, ex quibus unus dividatur inter dominum servi & substitutum. Resp. Hoc in *d. L. si pa-*
4 *terfam.* scriptum esse † in dissimili specie. Nam cum dicimus, hereditatem ex æquis partibus dividi inter dominum servi & substitutum, id tum dicimus, cum unus est institutus servus, & unus, qui servo sit substitutus. Imperator autem in *d. L. si paterfam.* ait de ea specie, cum duo sunt heredes instituti, primo loco Titius, quem paterfamilias ingenuum putabat, qui tamen servus erat, & Sempronius, qui vere erat liber, ex quibus Sempronius coheres substitutus est Titio, si ille heres non esset. In hoc casu recte dicitur primum duos semisses fieri. Sic enim fieri necesse est ex institutione, cum duo sunt heredes instituti sine partibus, unde æquales partes factæ intelliguntur, *L. 9. §. heredes D. h. t.* Hæ partes duæ sunt semisses duo, ex quibus unum accipit Sempronius ex institutione, de altero semisse ambigitur propter Sempronium substitutum in eum semissem. Et Iulianus ait, hunc semissem dividi oportere inter dominum servi, & Sempronium substitutum: merito, quia in hunc tantum semissem fuerat substitutus. Quemadmodum igitur cum ex tota hereditate servus heres institutus est, substitutus una cum domino instituti ad divisionem totius hereditatis vocatur; ita necesse est, cum servus ex semisse tantum institutus est, eum solum semissem inter dominum servi & substitutum dividi.

Sed sententiæ huic refragantur verba legis. Nam in principio *d. L. si paterfam.* tantum proponitur servus heres institutus, deinde Sempronius ei substitutus. Resp. Alciatus *lib. 1. disput. cap. 2.* testatur in huius loci interpretatione, se legisse in veteri Codice hæc verba *in pr. d. L. si paterfam. Et Sempronium coheredem ei substituerit.* Sempronium coheredem qui dicit, satis significat eum prius heredem institutum fuisse, & Titio servo coheredem datum. Sed sive Alciatus ita legat, sive non: non dubium est, quin ita legi oporteat, cui lectioni mire respondent illa verba responsi: *igitur in hoc casu.* Quibus verbis significatur: Iulianum non putare idem iuris esse in omnibus casibus, in quibus testator servum quasi liberum putat institui; sed in hoc casu, ut intelligamus, in eo proprium aliquid propositum esse, diversum a cæteris, nempe hoc modo, quod duo coheredes instituti sunt.

Ut autem intelligamus, solum Titium institutum esse, ut vulgo veteres Interpretes putant, & nihilominus hanc fieri divisionem, ut unus tantum semis dividatur inter illos, nulla ratio patitur. Primo repugnant superioribus locis, de quibus dictum *§. ult. Inst. de vulgar. & L. & hoc D. h. t.* Deinde nihil adiectum de altero semisse, de quo tamen præcipue dici oportebat ad divisionem hereditatis. Præterea utri ex his, de quibus quæritur, hunc semissem attribuemus, absurdissime faciemus. Cum enim ad eos eadem quasi voluntas defuncti pariter pertineat, dispariter hereditatem partiemur.

5 Sunt, † qui in *d. L. si paterfam.* ita legendum putent: igitur in hoc casu semisses fient, ita ut as dividatur ex æquis portionibus, & quæ sequuntur. Qui, cum refelluntur auctoritate publicæ & receptæ scripturæ, aiunt, Iulianum ita scripsisse; Tribonianum imperitum iuris pro *as* reposuisse alter *semis*, quasi esset as alter, & litera *S*, semis valeret. Sed hæc temeritas mutandæ receptæ lectionis valde vitanda est, atque etiam explodenda, ubi mutatio nullo teste, nullo auctore probatur. Quanquam in proposito hæc mutatio evidentissime refellitur. Nam quod dicunt; Tribonianum non intellexisse verbum *As* in responso Iuliani, convincuntur *ex L. seq. & hoc.* Nam is Tribonianus collegit legem *Et hoc*, quemadmodum collegit legem *Si paterfam.* Et in *L. & hoc*, nominatim posuit hereditatem inter dominum servi & substitutum dividendam, hereditatem & assem, ut non sit dubium, quin idem facturus fuisset in Iuliani responso, si Iulianus scripsisset, assem, non alterum semissem. Deinde dum verba responsi Iuliani emendare volunt, apertissime eius orationem depravant. Nam quod dixit duos semisses fieri, in hoc casu tantum addere debuit, inter dominum servi & substitutum, non autem adiicere illa verba, ita ut as dividatur ex æquis partibus; nam duos semisses fieri inter aliquos, & hereditatem dividi inter aliquos ex æquo, sunt orationes quidem plane pugnantes.

Ad L. Si compensandi. 6.

Impp. Philipp. A. & Philippus C. Antonio.

Si compensandi debiti gratia uxor maritum fecit heredem: desiderio tuo præter portionem hereditatis debitum quoque restitui postulantis, non tantum iuris severitas, verum etiam defunctæ voluntas refragatur. PP. XII. Kal. Martii. Præsente & Albino Coss.

S U M M A R I A.

1. *Casus legis proponitur.*
2. *Maritus ab uxore testamento heres cum alio institutus hac lege, ut debitum sibi ab uxore cum hereditate penset, an dimidiam debiti partem ab coherede petere possit.*

1 Uxor † marito debuit 100. Ea testamento instituit duos heredes ex æquis partibus; Sempronium & maritum suum; sed maritum hac lege, ut debitum cum hereditate pensaret. Si de debito non petendo nihil cavisset uxor, ius ita futurum erat, ut maritus pro dimidia parte heres existens, dimidiam partem debiti amitteret, obligatione pro ea parte confusa; reliqua autem pars salva maneret, quam proinde posset maritus petere a coherede, *L. ut debitum*, *L. si adulta*, *sup. de heredit. act. L. Licet*, *infr. ad*
2 *leg. Falc* Secundum † hoc ius maritus in proposito instituit petere 50. aureos a coherede Sempronio, id est, dimidiam partem debiti. Quæritur, an possit? Rescriptum est non posse, quia voluntas testatoris impediat. Idem caveri posse a testatore cautum est in *L. si uxor*, *inf. de bonis auth. iud. possid.* Et merito, quia hæc scriptura pro liberatione cohere li legata accipienda est, huic autem liberationem legari posse, & quod idem est, heredem creditorem damnari posse, ne a debitore petat, inter omnes convenit, *L. 2. L. non solum autem. §. 1. D. de liber. leg.*

Adiicitur hoc rescripto & hæc ratio, quod legis severitas id exigat, quod referri debet ad L. Papiam, qua cautum erat, ne coniuges inter se ex testamento capere possint amplius, quam decimam, præterquam certis casibus de quibus *in fragment. Ulpiani sub tit. Decimis, & t. seq. & t. de solidi capacitate*. Sed & hæc lex postea sublata est, & iustum, ut coniuges non minus invicem capere possint ex suis testamentis, quam quivis alii cives Romani, *L. ult. inf. de inf. pœn. cælibat.* Post quam constitutionem, rescriptum hoc sola voluntate testatoris defenditur, nisi sententiam legis interpretari velimus ius, quo obligatio tollitur per confusionem, quod tamen minus proprie dici potest. Nam confusio æquitatem habet, non severitatem. *Ad L.*

Digitized by Google

Ad L. Nec apud. 7.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Zenoni.

Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit: portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet; restitui tibi praeses provinciae curae habebit. PP. III. Non. Decemb. Diocletiano II. & Aristobulo Coss.

SUMMARIA.

1. *Adoptatus ab aliquo in fratrem, & postea ab eodem adoptionem valere rato, tanquam frater heres cum filio institutus, pro herede non est habendus.*
2. *Nemo alium sibi in fratrem adoptare potest.*
3. *Adoptio quid.*
4. *Obiectio refellitur.*

Quidam apud peregrinos vel hostes, vel eos, qui cives Romani non erant, sibi aliquem adoptaverat in fratrem, & dum putat adoptionem valere, hunc semper pro fratre habuit. Idem postea testamento heredem instituit filium suum, & una eum filio hunc, quem pro fratre habuit, & instituit tanquam fratrem, nimirum sub appellatione fratris. Cum fie-
1 ret ei † controversia, quasi heres non esset, de eo ita hoc constitutum est, tum defuncti fratrem eum non fuisse, proinde tanquam fratrem institutum heredem non futurum, quae sententia convenit *cum L. 4. sup. & L. neque, supra, prox. tit.* Adiicitur eam portionem filio defuncti addici debere, quod sit iure accrescendi, *L. qui ex duab. §. ult. D. de acquir. hered.*

Adiicitur praeterea ratio, cur hic non fuerit frater, quia nemo † alium sibi ado- 2
ptare potest in fratrem, idque nec apud peregrinos. Quod dicitur neminem in fratrem adoptari posse, sumitur ex definitione & natura adoptionis. Nam adoptio † 3
est modus civilis, quo nobis quodammodo generamus liberos, *L. 1. D. de adopt.* Non gignimus autem nobis fratrem, sed liberos. Sed † obstare videtur, quod de- 4
functus fratrem istum sibi adoptasset, non apud cives Romanos, sed apud peregrinos, apud quos facile obtinebat, ut adoptione frater fieri posset. Respondent Imperatores, nihil profuturum defuncto, aut adoptato: quoniam ubicunque frater adoptatus fit, semper ius civile Romanorum eam adoptionem repudiat: nunc autem hereditas, de qua hic, percipitur secundum ius civile Roman. & non secundum ius peregrinorum.

Digitized by Google

Ad L. Collegium. 8.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Hadriano.

Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est. PP. X. Kal. Iun. ipsis IV. & III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Collegia an hereditatem capere possint? distinguendo affirmatur.*
2. *Collegia illicita collegia non sunt.*
3. *Collegia licita quae.*

1 VEtus dubitatio fuit, an capita † certa civium Rom. institui possint, ut collegia; & dici obtinuit, non posse, ut dicemus ad *L. hereditatis, infr.* tandem receptum est, & haec institui posse omnia, ut civitatem *L. hereditatis, infr. L. si quis heres, §. vitii, de legat.* 1. ut collegia, de quibus hic dicitur & merito, nam si cives Romani singuli recte instituuntur, nihil caussae est, cur non corpora certa civium Romanorum recte instituantur, cum sub illis capitibus intelligantur instituti cives Romani. Sed cum de collegiis dicimus, haec ex testamento capere posse, licita collegia intelligimus, ut hic declaratur. Nam illicita non † sunt 2
collegia, ut generaliter pro non facto dicimus esse, quod contra legem fit. *L. non dubium, supr. de legib.* Licita collegia † 3
sunt non ea, quae cives sibi privatim sua voluntate constituunt, sed quae permissu vel constituuntur, vel confirmantur, *L.* 1. *D. quod cuiuscunque univers. nomine*, quod & hic significatur.

Ad L. Extraneum. 9.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Iuliae.

Extraneum etiam, cum quis moreretur, heredem scribi sibi placuit. PP. XVI. Kalend. Novemb. Sirmii AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Duplex huius loci lectio, & utraque probata.*
2. *Haec institutio*, Titius heres esto, cum Sempronius morietur, *valet*.
3. *Valet & haec institutio*, Titius cum morietur, heres esto.
4. *Adiectio haec in persona heredis instituti*, cum morietur, *supervacua & pro non adiecta est.*
5. *Inter institutiones has*, Cum heres morietur, &, Cum alius morietur, *quid intersit.*

1 HIc † locus legitur dupliciter, vel ut extraneus institui possit, cum quis alius moritur; vel ut extraneus institui possit, cum ipse moritur. Quo posteriori modo Accursium legisse, ex glossa eius apparet. Utraque lectio probata est, & sententiam veram & certi iuris continet. Habet tamen utraque institutio nonnihil dubitationis, quae removenda est. Dicimus hanc † institutionem valere, *Titius* 2
heres esto cum Sempronius morietur. Hoc amplius dicimus ita valere, ut Titius heres institutus non ante hereditatem possit adire, quam Sempronius mortuus fuerit: quoniam institutus sit sub conditione, quam conditionem exspectare oportet, idque

idque de ea ipsa specie conditionis diserte scriptum est in *L. heres meus*, *§. ult.*
1 *D. de condit. & demonstration.*

Sed opponitur *L. hereditas*, *D. eod.* ubi scribitur, hereditatem ex die dari non posse. Quidam respondent, non posse quidem ex die dari, ut dies exspectetur, sed diem reiiciendam esse, ut in ea *L. hereditas*, scriptum est, ideoque in proposita institutione idem faciendum esse, sed male; non enim intellexerunt his verbis, *Cum Titius morietur*, contineri diem incertum, ac proinde conditionem; nam dies incertus conditionem facit, *L. dies*, *de condit. & demonst.* Denique inter omnes veteres constitit, nihil interesse, utrum dicam, *cum Sempronius morietur*, *an si moriatur*; cum venerit, an vero si venerit, *L. si Titio*, *D. quand. dies L. ced. L. quodcunque §. non solum*, *de verb. oblig.* Unde & hanc conditionem exspectandam esse scribitur in *dict. L. heres meus*. Non obstat, quod dicitur conditionem quæ certo extitura est, non facere conditionem, *L. si pupillus*, *§. qui sub condit. D. de novat.* Hoc enim vere dicitur in stipulationibus; quoniam conditionis eventus etiam ad heredes stipulatoris defertur, *§. ea conditione*, *Inst. de verb. oblig.* At in heredis institutione, nisi vivo herede exstitit conditio, frustra eo mortuo exstitit, quoniam mortuus amplius hereditatem adire non potest: hereditas autem non adita ad heredes non transfertur *L. un. §. in novissimo*, *infr. de caduc. toll.*

3 Sed † nec minus valet illa institutio, 2 *Titius*, *cum morietur*, *heres esto*. Quidam tamen hanc institutionem inutilem putant; quia heres institutus hereditatem adire non potest, cum moritur. Hi decepti sunt ideo, quia putaverunt heredem institutum non posse hereditatem adire, nisi cum moritur, & in summa, diem mortis esse expectandum, quod non ita est.

4 Nam † hæc adiectio in persona heredis instituti, cum morietur, supervacua est, quod sic liquido potest intelligi. Cum hæc scriptura, *cum heres morietur*, conditionem habet & diem, cum morietur, *L. si Titio*, *D. quando dies L. ced.* quod attinet ad conditionem, hæc pro non adiecta est. Denique non est hæc institutio conditionalis: nam quoties conditionem cernimus vivo herede, aut legatario non exstituram, qualis hæc est, toties pro conditione non habetur, *L. heres neque*, *in princ. D. de cond. & dem.* Superest dies: At hic etiam frustra institutioni adiicitur, & hæc adiectio perinde habet, quasi pura esset institutio, *d. L. hereditas*, *D. h. t.* Quibus efficitur, cum heres ita institutus est, *cum ipse morietur*, institutionem pro pura haberi, & ob id valere, quia quandocunque velit heres, possit adire hereditatem, cuius institutio differtur conditione, neque ius perditur mora. Referunt huc idem exempla de relicta libertate & relicto usufructu. Nam si Stichus iussus sit testamento liber esse, cum moreretur, placet inutiliter relinqui libertatem, *L. libertas*, *D. de manum. test.* non alia ratione, quam quod hic dies mortis Stichi expectandus est secundum adiectionem testatoris, quo die exspectato nulla libertas esse potest, cum moriatur. Similiter si Titio usufructus relictus sit, placet inutiliter relinqui; quia dies mortis eius expectandus sit, quo exspectato, nullus usufructus est, utpote, qui incipiat eo tempore, quo a persona recedit, *L. Titio*, *D. de usufr.*

Sed male hæc comparantur cum heredis institutione. Ideo enim in legatis diem mortui legatarii exspectamus, cum in eius mortem legatum datum est; quia libertas & quidvis aliud ex die & sub conditione relinqui potest, *L. 1. D. de cond & demonstr.* Heres autem contra ex die heres institui non potest, *d. L. hereditas*, *D. h. t. & §. heres*, *Inst. h. t.* Summa † 5 hæc est: Heres quamvis recte instituatur, & cum morietur ipse, & cum alius morietur; tamen inter utrumque hoc interest, quod cum heres institutus est, cum ipse morietur, pura institutio est, & volens hereditatem recte adibit, ob eam caussam, quam supra dixi. Cum autem institutus est, cum alter morietur, conditionalis institutio est, quoniam non est certum illum alterum moriturum vivo instituto. Proinde exspectanda conditio est, & si ea pendente heres institutus decesserit, nihil ad heredes suos transmittit.

Ad L.

Ad L. Neque 10.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Asclepiadæ.

Neque per se heredes institutos, quibus hoc concessum non est, neque per servos proprios hereditatem posse quærere, iuris dictat ratio S. XVI. Kal. Sept. Sirmii, Cæs. Coss.

SUMMARIA.

1. *Qui per se hereditatem acquirere non potest, nec per servum suum potest.*
2. *Qui ipsi heredes institui non possunt, eorum nec servi institui possunt; posterius hoc quomodo temperetur.*

1 QUI † per se hereditatem acquirere non potest, nec per servum suum potest. Deportati, exempli gratia, institui non possunt; nec instituti, capere hereditatem, *L.* 1. *sup. h. t.* Si eorum servi instituti sunt, nihilo magis per servos capient, ut hic est constitutum, & recte. Plus est enim acquirere per alios, quam per semetipsum; & cum alicui non conceditur quod minus est, per seipsum, scilicet, acquirere, non debet concedi quod maius est, acquirere, scilicet, per alios. Hinc regula nata: Quod quis per se non possit, per alium non posse *c. quod alicui, extr. de reg. iur.* Huic loco opponitur *L. cum autem, §. ult. D. de ædilit. edict.* Deportatus cum servum ex donationis aut emptionis caussa acquisivisset, eum vendidit, & pretium consecutus est, quod & rite facere potuit, cum & donatio & emptio sit de iure gentium, *L. iurisgent. D. de pact.* Hic servus venditus cum apud emptorem esset. heres institutus est, & iussu emptoris eiusdemque novi domini hereditatem adiit, quæ & emptori quæsita est, *§. item nobis, Instit. per quas person.* Postea cum servum morbosum, aut vitiosum esse appareat, idcirco emptor eum ex edicto ædilitio redhiberi vult venditori, ut in integrum restituatur emptio, quod ex d. lege licet, ubi scriptum est: Emptorem non alia conditione eum servum redhibere posse deportato, quam si una cum servo hereditatem per servum quæsitam restituat, tametsi deportatus ex sua persona capere non potuerit. Ex quo responso colligi videtur, eum deportatum, quem constat ex testamento alieno hereditatem alienam capere; tamen in proposito, aut per servum suum, aut emptorem capere: utrum autem dicamus, ad iuris rationem nihil refert.

Sed dicendum est, nihil tale ex eo loco colligi, & in summa nihil hic quæri deportato, quod per se quærere non potuerit. Nam ipse hereditatem per servum non capit ex testamento: hæc enim prius emptori quæsita est. Rursus hereditatem non acquirit per emptorem: hæc enim semel emptori quæsita, desiit esse hereditas, & cœpit proprium esse emptoris. Non prohibetur deportatus ab emptore requirere res eius privatas: hic autem eo modo acquirit, cum acquirit ex caussa redhibitionis. Nam redhibitio est ex natura & iure actionis, ex empto, *L. ex empto. §. 3. de act. empt.* Plus dicimus
hoc loco: qui † ipsi heredes institui non 2
possunt, eorum nec servi institui possunt, *L. non minus, D. eod.* Quod tamen sic interpretandum est: quod, si deportati servi heredes instituti, frustra sint instituti, ut deportatis acquirant; si servi postea manumissi, sint ad hereditatem admittendi, *L. si servus eius de acquir. hered.*

Non obstat, quod in heredibus instituendis spectatur tempus, quo instituuntur, ut sit cum eis testamenti factio, *L. si alienum, §. 1. D. eod. §. in extraneis, Inst. de hered. qual. & differ.* Hoc enim ita est, nisi is, qui capere non potest instituatur in id tempus, cum capere potuit, *L. in tempus, D. eod.* de eo autem tempore mens testatoris intelligitur, cum servus heredem instituit: hic enim intelligitur instituere, ut vel domino suo acquirat, vel si alienatus erit novo domino, vel manumissus, sibi acquiri possit, *Instit. de hered. instit. & §. alienus, L. si paterfam. D. eod.*

Ad L.

Ad L. Extraneum. 11.

Impp. Theod. & Valent. AA. Hierio PP.

Extraneum, etiam penitus ignotum, heredem quis instituere potest. Dat. XI. Kal. Mart. Constantinop. Felice & Tauro Coss.

S U M M A R I A.

1. *Extraneus ignotus an heres institui possit.*
2. *Quod dicitur,* Iudicium testatoris in testamento certum esse debere, *quo modo intelligatur.*

1 Dubitatum est, † an quis extraneum sibi ignotum possit instituere, propterea quod constitit inter omnes auctores iuris, iudicium testatoris in testamento certum esse oportere, & eum, qui certam legem testamento dicere non possit, testamentum facere non posse, *L. qui in testamento, D. de testam. & qui testam.* arg. in *L. illa D. hoc tit.* Non videtur autem testatoris iudicium certum esse posse de homine, quem penitus non novit. Sed nihilominus placuit etiam maxime ignotum institui posse, ut *hic & in §. ult.*
2 *Inst. eod.* Nec ad † rem pertinet, quod iudicium testatoris debet esse certum. Hoc enim iudicium requiritur in rebus eius & in persona eius, ut sciat se testamentum facere posse, & sciat se iure posse & habere, unde testetur, ut declaratur exemplo *d. L. qui in testam.* Certum quoque iudicium esse debet testatoris in eo, ut sciat nomen eius, quem instituerit, ne erret in persona. Cætera, quia ad voluntatem supremam testatoris nihil pertinent, quales sunt mores heredis instituti, conditio & familia eius, testatorem ignorare concessum est. Denique dum persona heredis instituti constet ex ea demonstratione, quæ certa sit, ad institutionem heredis satis est, *d. L. quoties, §. heres, D. eod.* Nihil huc pertinet, quod dicitur in *L. 1.* peregrinos institui non posse. Alius enim est extraneus ignotus, alius peregrinus ille, qui nulla nos necessitudine attingit, hic etiam maxime ignotus institui potest, dum civis Romanus sit, ille civis Romanus non est; unde non potest institui etiamsi nobis notissimus sit, ut dictum *ad L. 1.*

Ad L. Hereditatis. 12.

Imp. Leo A. Erythrio PP.

Hereditatis, vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulis domus, aut annonæ civiles, aut quælibet ædificia vel, mancipia, ad ius inclytæ urbis, vel alterius cuiuslibet civitatis pervenire possunt. D. V. Kal. Mart. Martiano & Zenone Coss.

S U M M A R I A.

1. *Civitates & municipia olim heredes institui non poterant, nec iisdem legari.*
2. *Ratio huius constitutionis.*
3. *Contrarium hic constituitur.*

1 Constat † olim existimatum esse, civitates & municipia non posse heredes institui, perinde ut neque iis legari. Id scriptum *in fragm.* Ulpian. *tit. qui fac. her. poss.* Sed huius iuris certum est argumentum in *L. omnibus, D. ad Trebell.* ubi scriptum est, Senatusconsulto effectum esse, ut municipibus fideicommissa hereditas

ditas possit restitui. Ex quo intelligimus, ante id Senatusconsultum nullam fuisse necessitatem restituendi, quia videlicet mu-
2 nicipium capere non posset. Ratio † hæc videtur, quia incertis personis tum non poterat legari, *§. incertis, Inst. de legat.* quo ex genere putabantur esse civitates & municipia, quia civitates nihil sunt, sed ex civibus singulis æstimantur, cives autem incerti. Eodem accedebat, quod non videbatur, singulos cives adire posse, ut cernerent hereditatem.

Sed tandem † obtinuit, civitates & mu-
3 nicipia institui posse, & quidvis ex alieno testamento capere, quod & ante hanc constitutionem inductum videri potest, ut colligitur *ex L. 6. §. si fisco, D. ad Trebell.* Utcunque est, id diserte hac constitutione cavetur: nec movebimur, quod incerta persona ex testamento heres institui, & capere non possit: nam singula capita civitatis certa sunt: ipsa autem civitas instituitur, non singuli cives. Et si quis putaret singulos cives institui; tamen non minus hi certi sunt; unde cum civitates nominantur, nominatur aliquid, quod certo loco notetur, id ut & locus ipse, certum est, *L. palam, de legat. 1. L. ait, D. de re iud.* Adde quæ dixi *ad L. collegium.*

Ad L. penult. Quoties.

Imp. Iustinianus A. Mennæ *præfecto prætorio.*

Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est: alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur: eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte, vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam diminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri. Dat. VIII. Id. April. Constantinop. Decio V. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Ex re certa heres quis institui non potest.*
2. *Si quis ita sit institutus, an institutio valeat.*
3. *Quoties aliquid fit partim legitime, partim non, id quod licite fit, valet, nec per partem inutilem vitiatur.*
4. *Quoties fieri aliquid volumus, etiam ea velle intelligimus, quæ necessario antecedunt, & sine quibus ad id, quod volumus perveniri non potest.*
5. *Duobus heredibus ex rebus certis institutis quid iuris sit.*
6. *Uno ex re certa, alio, vel aliis non ex re certa institutis, quid iuris sit.*
7. *Ex re certa institutus, utrum legatarii, an heredis locum habere dicatur, quid intersit.*
8. *Heres ex re certa institutus, reliquis heredibus vel hereditatem non adeuntibus, vel deficientibus, quid consequatur, & num. 9.*

QUæritur, an quis institui possit ex re certa, veluti ex fundo Tusculano? Et
1 certum † est non posse, ut quidem efficiatur heres ex ea re certa. Nam heres est iuris universi successor, non unius rei, *L. 9. §. heredes, D. h. t. §. legatariis, Inst. de testam. ordin. L. hereditas, D. de reg. iur. L. nihil aliud. de verb. sign.*
2 Unde † rursus quæsitum est, an si quis ita sit institutus heres, institutio valeat? Et placuit valere, ut vel institutus legatum solum haberet, vel ut in totum heres esset: ut constat ex hoc loco, & *L. 1. §. si ex fundo, L. si alterius, cum L. seq. D. eod.* Sed qui ita institutus est ex re certa, placet aliis eum heredem esse in totum, alias legatarii locum habere. Pro herede habetur, si solus ex ea re certa institutus est, *d. L. 1. §. si ex fundo.* Sed hic primum repugnat ratio iuris: nam dici-

dicitur neminem ex re certa heredem esse posse. Respondeo: cum dicimus, institutum hoc casu heredem etiam in universum heredem fieri; non eum dicimus talem quasi ex fundo solum sit heres; sed ita, ut quasi sine mentione fundi simpliciter institutus esset, ut ibidem scriptum est.

Sed rursum hic repugnat scriptura testamenti. Nam testator institutum non simpliciter heredem voluit, sed ex re certa. Respondeo: is, qui heres institutus est, esset, si posset, ex re certa: nunc quia non potest, idcirco quod non legitime adiicitur, pro non adiecto habetur, ut sic institutus fiat heres, detracta mentione fundi, idque congruit cum ea definitione:
3 Quoties † aliquid fit, sed partim legitime, partim non, id quod licite fit, non est inutile, neque vitiari per alteram partem inutilem placuit, *L.* 1. *§. antep. D. de verb. oblig.* Quod contingit in hac institutione: nam testator vult primum Sempronium sibi esse heredem, hoc utiliter facit, & ideo heres erit: vult præterea heredem esse ex certa parte, hoc vero inutiliter adiicitur, proinde pro non adiecto habetur. Qua ratione receptum est, etsi quis heres institutus sit ex die, is institutus intelligatur detracta mentione diei, *L. hereditas, D. eod.*

Sed rursum eadem utilitas testatoris restringi videtur, quo minus is, qui institutus, fit in totum heres. Nam cum testator eum instituit ex re certa, amplius eum habere nihil voluit, ac proinde ex voluntate testatoris heres non erit. Respondeo: imo hoc ipso, quod testator voluerit heredem institutum rem certam habere, etiam illum heredem esse voluit, quia eam rem ex testamento habere non potest, nisi adeatur hereditas ex testamento, *L. nunquam, infr. de fideicom.* Non poterit ex eo hereditas adiri, nisi is, qui institutus est, fit heres. Proinde testator eum quo-
4 que heredem esse voluit. Quoties † enim fieri aliquid volumus, etiam ea velle intelligimus, quæ necessario antecedunt, sine quibus ad id, quod volumus, perveniri non potest, *L. illud, in fin. de acquir. her. L.* 1. *§.* 1. *D. si usufr. pet. L.* 2. *D. de cond. instit.*
5 Idem iuris † est, si duo sint heredes ex rebus certis instituti. Nam & hic, cum non possint eas res consequi ex voluntate testatoris, nisi & ipsi heredes sint; fit, ut ex eadem voluntate heredes sint: & quoniam non possunt heredes esse, nisi detracta singularum rerum mentione: fit, ut non pro modo rerum legatarum sint heredes, sed ex æquis partibus, *L. si alterius, & L. seq. D. eod.* Solum res, ex quibus instituti sunt, percipiunt prælegati iure in divisione hereditatis, de quo multis verbis differitur in *L. ex facto proponebatur, D. eod.* Quod si † unus institu- 6
tus sit ex re certa, alius autem, aut alii instituti non ex re certa, hic locum habet hæc constitutio, qua cavetur, eum, qui ex re certa institutus est, legatarii loco, non heredis, esse: eum autem, eosve, qui non ex re certa instituti sunt, solos heredes esse, solos exercere actiones hereditarias, solos a creditoribus hereditariis conveniri, & solos in summa hereditatis oneribus teneri. Differentiam facit sola voluntas testatoris: nam quoties testator instituit aliquem ex re certa, toties vult eum rem solum habere, si habere eam potest sine hereditate. Quod si eam habere non potest, nisi sit heres prius, vult quoque heredem prius esse. At prioribus duobus casibus, quos commemoravimus, institutus ex re certa, eam rem habere non potest, nisi prius sit heres, ut eius aditione testamentum confirmetur, & proinde servetur voluntas testatoris, quo fit, ut etiam sit heres. In hoc autem postremo, de quo agitur hac constitutione, evenit, ut heres ex re certa institutus eam rem solam habere possit, etiamsi non sit heres, quia alii sunt heredes instituti, non ex re certa, qui veri heredes exsistere possunt, & quorum aditione testamentum confirmetur, ut sit ex eo testamento res certa, quæ huic ex re certa instituto præstari possit. Ergo ut dicimus, hic, qui exemplo proposito ex re certa institutus est, legatarii tantum loco habetur.

Quid † interest, utrum legatarii locum 7
eum habere dicamus, non heredis: hoc interest; quia legatarius nihil consequi potest præter rem legatam, heres autem in universum ius defuncti succedit, *L. heres in omne de acquir. her.* Præterea legatarius sine onere legatum habet, id est, non tenetur creditoribus hereditariis, soli heredes rei alienæ obnoxii sunt, *L. ult. supr. de her. act. L. si hereditatem, D. mandat.* Cæteri autem heredes instituti soli heredes sunt, & in solidum tenentur, sive instituti sint sine parte, sive ex certis tantum ratisque, ut hic adiicitur. Sine parte hoc modo: *Primus ex fundo Tusculano heres esto, Secundus & tertius heredes sunto.* Dicimus hoc casu secundum & tertium solos obligari iure alieno, quod dubitationem non habet, quia heredes sine partibus instituti, in totum instituti intelliguntur, *L. quoties,* 9. *§. heredes, D. h. t.*

Ex certis unciis institutio fit hoc modo: *Primus ex fundo Tusculano heres esto: Secundus & Tertius ex quatuor unciis heredes sunto*. Dicimus hic Secundum & Tertium in solidum heredes esse, & teneri creditoribus hereditariis. Hoc vero videbatur absurdum, institui videlicet istos in duodecim unciis, in quas dividitur hereditas, cum verbis testatoris solum instituti sunt ex 4 unciis. Huius ergo dubitationis removendæ caussa in hac adiicitur constitutione, reliquos heredes, quanvis ex certis unciis instituti sint, nihilominus tamen heredes in solidum futuros, & onera hereditaria admissuros. Non obstat, quod sunt tantum ex 4. unciis instituti: nam quoties testator certas tantum uncias nominat, in his totam hereditatem ponere intelligitur, *L. interdum*, §. 1. *eod* § *hereditas*, *Instit. eod.*

Sed hæc omnia ita se habent, si in hac specie hi, qui sine re certa instituti sunt, aut omnes, aut quidam ex iis hereditatem adierunt, ut sic testamenta confirmentur, & legatum præstari possit ei, quem lega-
8 tarium esse volumus. Sed quid † si nemo ex heredibus institutis hereditatem adeat? Prima ratione videri potest ei, qui ex re certa institutus est, nihil deberi; non eam rem certam, quia ea legata est; quo nomine dicitur legatarius is, qui institutus est: hereditate autem ex testamento non adita, nullum legatum deberi potest. *d. L. eam quam*, *infr. de fideicom.* Rursum nec deficientium heredum portiones huic ex parte instituta possunt accrescere: quoniam ipse non est heres, sed legatarius: portiones autem deficientes solum ei accrescunt, qui & ipse sit heres, & prius portionem hereditatis adierit, *L. qui ex plurib.* §. *ult.* *D. de acquir. her.* *L.* 1. §. *ult.* & *LL. seqq. de bon. poss.* *L. si ex pluribus*, *de suis & legit. hered.*

Sed dicemus, † eum, qui ex parte in- 9
stitutus est, aliis heredibus institutis deficientibus solum heredem esse, quasi institutus esset, detracta rei certæ mentione. Nam hoc ius futurum erat, si solus heres institutus esset ex re certa, *L.* 1. §. *si ex fundo*, *de her. instit.* In specie autem proposita, cum hi, qui instituti heredes erant sine re certa, hereditatem non adeunt, solus reperitur institutus esse is, qui ex certa re institutus est. Proinde eodem modo solus heres erit, non quasi iure accrescendi aliorum portiones obtinuerit, sed quasi ab initio solus heres institutus esset, ut dictum. Non obstat, quod in hac constitutione dicatur legatarii loco esse, qui in specie proposita ex re certa institutus est. Hoc enim totum sic accipiendum est, si alii non ex re certa instituti heredes sint, quod sit illis hereditatem adeuntibus. Idque satis ostenditur ex eo, quod iubentur actionibus hereditariis uti, & teneri. Idem declaratur verbo legatarii: nam is, qui ex re certa institutus est, non potest esse legatarius, nisi legatum consequatur: non potest autem consequi, si ex testamento alii hereditatem non adierint.

Huic distinctioni, quæ hic tradita est, male vulgo putant adversari *Auth. novissima sup. de inoffi. testam.* in quo agitur de filio, qui trientem habere debet, vel institutionis, vel quovis titulo, ex quo intelligimus, eam legem ad speciem huius constitutionis nihil pertinere omnino. Nam hic aut filius instituitur non ex re certa, aut illic res certa relinquitur, sed non instituitur heres: nobis autem hic sermo est de eo, qui coniunctim instituitur heres, & vitiose instituitur; nempe ex re certa.

Ad L.

Ad L. ult. Cum in.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *præfecto prætorio.*

Cum in libris Ulpiani, quos ad Masurium Sabinum scripsit, talis species relata sit, hanc apertius expedire nobis visum est. Quidam testamentum faciens ita instituit: Sempronius Plotii heres esto. *Veteres quidem existimabant, errorem nominis esse, & sic institutionem valere, quasi testator Plotius nominaretur, & Sempronium sibi scripsisset heredem. Sed huiusmodi sententiam crassiorem esse existimamus. Neque enim sic homo supinus, imo magis stultus invenitur, ut suum nomen ignoret. Sed siquidem ipse testator Plotio cuidam heres exstitit: manifestum est sibi Sempronium heredem instituisse, ut per mediam ipsius testatoris personam Plotii heres efficiatur. Et hoc argumentamur ex antiqua regula, quæ voluit heredem heredis testatoris esse heredem. Sin autem nihil tale factum est, supervacuam & inanem huiusmodi institutionem esse: nisi prius herede Plotio sibi instituto, sic adiecerit,* Sempronius Plotii heres esto. *Tunc etenim existimandum est eum dixisse, si non Plotius heres sibi fuerit, tunc Sempronium in totum partemve Plotii ex substitutione vocari: ita ut ex consequentia verborum Plotius quidem institutus, Sempronius autem substitutus inveniatur. Sin autem neque ipse testator Plotio heres exstitit, neque Plotium heredem antea scripsit, & sic Sempronium Plotio heredem esse voluit: nullius esse momenti talem institutionem, cum non est verisimile in suum nomen quemquam errasse. Dat. III. Kalend. August. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

SUMMARIA.

1. *Institutio hæc,* Sempronius Plotii heres esto, *quo accipienda modo, & an valeat, vel minus.*
2. *Iustiniani super controversia huius institutionis decisio, & nu. 4.*
3. *Heres heredis, heres quoque est testatoris.*
5. *Ius certum circa interpretationem voluntatis testatoris observandum.*
6. *Error nominis in institutione non nocet.*

1 TEstator † ita heredem instituit: *Sempronius Plotii heres esto*, siquidem testator Plotius vocetur, expedita interpretatio est huius institutionis. Sic enim est accipienda, quasi testator instituerit sibi, ut de se sub tertia persona sit locutus. Sin testator Plotius non vocetur, quæsitum est, an valeat institutio? Non valere statim dixeris; quia testator sibi heredem non instituit: instituit Plotio, sed non potuit, quia certa est voluntas testatoris, si quis legaverit rei suæ, non alienæ, *L. verbis L. de verb. sig. L. testandi, supr. prox. tit.* Rursum institutionem valere dixeris, ut valeat detracta Plotii mentione, quemadmodum fieri dicimus in iis speciebus institutionum, de quibus ad *L. pen. sup.* dictum est, *L. 1. §. si ex fundo, D. h tit.* Quod posterius veteres quidam secuti sunt, quasi non videretur testator satis nominis sui meminisse. Iustinianus † 2
hanc controversiam decidens ita constituit: Institutionem hanc duobus casibus recipi posse: unus est, si testator alicui nomine Plotio heres prius exstiterit. Sic enim accipietur institutio, quasi testator iusserit Sempronium sibi heredem esse, ac per se Plotio. Quæ interpretatio ita recte defenditur: cum enim testator iubet Sempronium heredem esse Plotio, intelligitur velle ea omnia, sine quibus Plotio heres esse non potest, *arg. in L. illud, de acq. hered. L. 2. D. de iurisdict.* Non potest autem Sempronius Plotio heres

res esse, nisi prius testatori heres extiterit, cui si extiterit heres, idem quoque Plotii heres erit. Proinde ex voluntate testatoris Sempronius testatori heres erit, ac per Sempronium heres erit Plotio. Id-
3 que † consentaneum est regulæ iuris: Heredem heredis heredem quoque esse testatoris, quæ regula hic refertur, estque sententia iuris certi, *ex L. 3. de pet. her. L. interdum. de appell. L. sciendum est heredem. de verb. sig.* Secundum quam regulam dicemus, in proposito Sempronium, cum heres factus erit defuncti, de cuius testamento nunc agitur, heredem quoque futurum testatoris Plotii, cui defunctus hic heres extiterat, & merito; nam in proprio defuncti reperiuntur, omnes hereditates eorum, quibus prius he-
4 res factus erat. Altero † casu defenditur hæc institutio, si testator aliquem Plotium sibi heredem instituit, deinde ita scripsit: *Sempronius Plotii heres esto*. Hic enim sic accipitur hæc institutio, ut Sempronius testatori sit heres, si Plotius heres institutus, heres non erit. Sed videtur hæc interpretatio verbis institutionis plane repugnare, ac propterea admitti non debere. Nam verba institutionis exigunt, ut Sempronius fiat heres Plotio; secundum sententiam autem Iustiniani fit heres testatori, non Plotio. Nam ex substitutione vulgari, qualem hic interpretatur Iustinianus, testatori succeditur, non heredi instituto, ut Inst. *de pupill. substit.* diserte dicitur *in prin.* Respond. Fatendum est, Sempronium in proposito secundum verba institutionis, admitti non posse ad hereditatem testatoris, sed secundum sententiam testatoris admittitur, & institutio valet. Nam his verbis, *Sempronius Plotii heres esto*; intelligitur testator prius Plotium heredem instituisse, deinde Sempronium ei substituisse, in pupillarem casum, sive in secundum casum, si Plotius heres erit; & intra aliquot annos postea decesserit. Quod ita interpretamur; quia qui in hunc casum primo heredi substituitur, fit heredi instituto heres, non testatori, *dict. loco* Instit. *de pupill. subst. in prin.* Est autem † ius certum circa in- 5
terpretationem voluntatis testatoris: quoties testator primo instituto aliquem substituit in secundum casum, *si primus heres erit*, videri etiam eundem substituisse in primum casum vulgarem, *si primus heres non erit*, *L. iam hoc iure. D. de vulg. subst.* Ex hac vulgari substitutione tacita hæc institutio defenditur.

Quod si testator neque extiterit heres alicui Plotio, neque Plotium aliquem heredem instituerit, placet institutionem inutilem esse. Hic occurritur. At error † 6
nominis non nocet: quid igitur prohibet, quo minus hic errante testatore intelligatur semper heres institutus esse? De nomine est *L. 3. §. 1. D. de legat. 1.* Resp. Non dicimus institutionem ideo hic non valere, quasi testator in nomine proprio erraverit, & hic error noceat: tantum enim abest, ut hæc reiiciatur institutio propter errorem nominis, ut nominatim Iustinianus dicat, non ideo improbari, quia testator in nomine erravit. Non vero verisimile esse quenquam in nomine suo errare. Sed hæc ratio est, quam initio ostendit, quia potuerit testator sibi heredem instituere, sed noluit.

At quomodo, cum quis ex re certa instituatur, institutio valet rei certæ detracta mentione? Item cum quis institutus est ex die, institutio recipitur, detracto eo die? *L. hereditas, D. eod.* Respondeo: quia in superioribus caussis testator voluerit eum, quem instituit, aliquo modo heredem esse, ut aliquo modo capere non possit etiam heres, nisi inutilibus detractis. Ea igitur secundum voluntatem testatoris detrahuntur, ut sit heres, quem instituerit. In proposito autem apparet testatorem non instituisse Sempronium sibi, sed Plotio, non detrahetur igitur, quod testator adiectum voluit, ne fiat illi heres is, quem sibi heredem esse noluit.

AD TITULUM XXV.

COD. DE INSTITUTIONIBUS, ET SUBSTITUTIONIBUS, ET RESTITUTIONIBUS SUB CONDITIONE FACTIS.

SUMMARIA.

1. *Continuatio huius tituli cum superiore.*
2. *De institutione, quae fit sub conditione, tria quaeruntur.*
3. *I. An omnes sub quavis conditione institui possint.*
4. *Conditio, quae aperte verbis in alienam transfertur voluntatem, inutilem reddit institutionem; secus, si tacite id fiat.*
5. *Institutio captatoria institutionem vitiat & tollit.*
6. *II. An conditio sit exspectanda: & quare conditio, non dies, institutioni utiliter adiiciatur & n. 7.*
8. *Impossibilis conditio in testamento pro non adiecta habetur.*
9. *III. An si conditio exspectanda est, ita exspectanda sit, ut nisi impleatur, nulla sit institutio, nullum legatum.*

1 Dictum est † proximo titulo ut institutio valeat, duabus in rebus positum esse, in persona heredis, ut sit, qui institui possit, & in instituendi modo, ut rite facta sit institutio. De persona heredis illic dictum est. Instituendi modus hic enarratur. De eo autem in summa hoc est satis. Heredem pure institui posse citra controversiam: ex die, aut ad diem non posse: sub conditione autem itidem posse, §. *heres, Instit. de hered. instit.*
2 *L. hereditas, D. h. t.* Hine † de institutione, quae fit sub conditione, tria quaeruntur. I. An omnis sub quavis conditione institui possit? II. Si quis sub conditione recte instituitur, ut institutio valeat, an omnis conditio, idest, eius eventio, sit exspectanda? III. Si exspectanda est, an conditione non impleta inutilis sit in-
3 stitutio? Quod quaeritur, † an omnes sub quavis conditione institui possint, de eo sic habendum est: regulariter posse; sed hic & quasdam personas excipi, & in omnium heredum persona, quasdam conditiones. In personis excipiuntur filii, qui sunt in potestate testatoris, quos placuit non posse heredes institui, nisi sub ea conditione, quae sit in eorum potestate, *L. 4. h. t.* ubi dicetur. in omnium autem persona heredum excipiuntur duae conditiones, quibus adiectis inutilis est in-
4 stitutio, I. Illa conditio, † quae aperte verbis in alienam voluntatem transfertur, ut puta, haec inutilis est institutio, *Titius heres esto, si Mercurius voluerit*, ubi voluntas Mercurii aperte exprimitur. Diversum est, si conditio conferatur in voluntatem Mercurii, sed tacite, utpote haec institutio valet, *Titius heres esto, si Mercurius Capitolium ascenderit*, tametsi sit in potestate Mercurii Capitolium ascendere, aut non. Haec in *L. illa, D. de her. instit. L. si quis Sempr. eod. L. nunquam, D. de cond. & dem.* ad quam distinctionem pertinet regula iuris, cuius est hic sensus: si quid lex adiici vetat, id ita nocet, si expressum sit: quod si expressum non sit, non nocet, etiamsi intelligatur. Huius generis est haec voluntas extranei, quam lex in conditione institutionis huius adiici vetat. Alterum † 5 genus est conditionis, quae captatoria est, & captatoriam facit scriptura, veluti Titius heres esto, si me heredem instituerit. Huius generis institutiones, & legata nullius sunt momenti, *L. captatorias, sup. de testam. milit.* ubi de hoc genere dicitur.

Si iuste & recte Institutio sub conditione facta est, sequens est quaestio, † an 6 conditio sit exspectanda? Et hic hoc convenit inter institutionem, quae fit ex die, & eam, quae fit sub conditione, quod utraque pariter valeat, ut heres admittatur. Haec differentia est, quod diei adiectio inutilis est, *d. L. hereditas, D. de hered. Instit.* Conditione autem adiecta & institutio utiliter fit, & conditio utiliter adiicitur: id est, quod quaerimus, conditio est expectanda, *L. un. §. sin autem, infr.*

7 *infr. de ead. toll.* Differentiæ ratio † nata est ex regula iuris, qua efficitur: neminem in paganis pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere posse, *L. ius nostrum, de reg. iur.* Adversus hanc regulam peccatur, si dies utiliter adiicitur, & ob hanc caussam pro non adiecta habetur. Non item peccatur, si conditio admittetur: nam cum testator heredem instituerit post duos annos, quam moriatur ante eos duos annos heredem esse non vult, ac proinde intestatus pro eo tempore decedit; sic fit, ut velit interim hereditatem ad legitimos heredes pertinere: argumento est, quod ita res transigeretur, si heres ex die a milite institutus esset, *L. miles ita, de milit. testament.* Hoc autem, ut dixi, regula iuris non patitur in paganico testamento, ut testator pro parte temporis testatus, & pro reliqua intestatus decedat, ubi testator heredem instituerit sub conditione, quemadmodum conditione deficiente, non vult institutum in totum heredem esse; Sic conditione contra exsistente, vult in totum esse heredem, non tantum pro eo tempore, quod sequitur eventum conditionis, sed etiam pro tempore antecedente, ut appareat conditionem non tempori adiici, id est, adiici eo, ut intelligatur, an testator voluerit institutum heredem esse, non autem ex quo tempore voluerit. Ita rursum fit, ut ex conditione, aut in totum testatus decedat, aut in totum intestatus, sive conditio defecerit, sive exstiterit.

Sed hæc de conditionibus possibilibus dicta sunt. Impossibilis † conditio in testamento pro non adiecta habetur, *L. 3. D. de cond. & demonstr. L. 1. de condit. inst. §. impossibilis, Instit. de her. Instit.* aliter atque in contractibus, *§. si impossibilis, de inutil. stip. L. non solum, de verb. oblig.* Proinde impossibili conditione institutioni adiecta, is qui institutus est, erit heres omnimodo, si velit, ut is, qui pure institutus erit. Impossibiles conditiones quædam sunt natura, quædam iure: natura, veluti, si digito cœlum attigerit. Postrema quæstio, † si conditio exspectanda est, an ita exspectanda est, ut nisi impleta sit, nulla sit institutio, nullum legatum, cui conditio erat adiecta? Responsio consequens est superioribus: postquam conditio utiliter adiicitur, nisi ea impleta sit, nullam institutionem esse, nihil denique deberi, *L. cedere, de verb. sig.* quod tamen non est perpetuum; nam interdum quæ revera non est impleta conditio, pro impleta habetur, de quo est in *L. 1. h. t.*

Ad L.

Ad L. Cum avum. I.

Impp. Severus & Antoninus AA. Alexandro.

Cum avum maternum ea conditione filiam tuam heredem instituisse proponas, si Anthylli filio nupsisset: non prius eam heredem exsistere, quam conditioni paruerit, aut Anthylli filio recusante, matrimonium impeditum fuerit, manifestum est, PP. Kalend. Octob. Anulino & Frontone Coss.

S U M M A R I A.

I. *Conditionum distinctio, in quæstione, an conditio pro impleta habeatur, advertenda.*
2. *Casualis conditio quocunque modo defecerit, institutio nulla est, legatum nullum.*
3. *In conditione potestativa, si per eum, in cuius persona implenda est, stat, quo minus impleatur, pro impleta habetur.*
4. *Item si conditio hoc casu non impleatur, cum per rerum naturam impleri non possit, conditio deficit & nulla est institutio, nullum legatum.*
5. *Is, cuius interest conditionem impleri, quis intelligatur.*
6. *De eo, in cuius persona conditio est implenda, casu mortuo, auctorum iuris dubitatio, & triplex præsertim varietas advertenda est, & num. 7. 8. & 9.*
10. *Prædictorum conciliatio.*
11. *In conditionibus, quæ in alterius persona impleri debent, si quæratur an illo mortuo pro impleta habeatur conditio: quæ hic habenda distinctio: contraria distinctionis utrique parti refutantur per tot.*
12. *Conditio possibilis non impleta sine exceptione defecisse intelligitur.*
13. *Conditio impossibilis pro impleta habetur.*

I CUM quæritur, † an conditio pro impleta habeatur, videndum est, cuiusmodi sit: nam quædam conditiones conferuntur in eventum, quædam in potestatem heredis, aut legatarii. Priores dicuntur a Iustiniano casuales, posteriores potestativæ, *L. un. §. sin autem, infr. de*
2 *cad. toll.* Casualis † conditio, quocunque modo defecerit, institutio nulla est, legatum nullum. Non enim hic spectamus, quid voluerit hic, qui instituitur, cum voluntate testatoris non sit conditio in voluntatem eius, aut potestatem collata, sed in casum, ex quo testator legatum, seu institutionem valere voluit. Quod si conditio in potestatem heredis collata sit, ita ut impleri debeat in persona alterius, in hoc genere hæc distinctio est. Nam
3 si † per eum, in cuius persona conditio implenda est, stat, quominus impleatur conditio, pro impleta habetur. Hoc au-
4 tem † casu si conditio ea non impleatur, cum per rerum naturam impleri non possit: placet conditionem deficere, & nullam esse institutionem, nullum legatum, quantumvis per heredem, aut legatarium non steterit, quo minus conditio impleretur. Utriusque partis distinctiones suppeditat *L.* I. Cuius distinctionis pars prior expressa est in *L.* 5. vers. *sed si D. quando dies L. ced.* & statuitur diserte in exemplo *h. L. si Seia Titio nupserit.*

Eadem regula est expressa a Veteribus his verbis: quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, stat, quominus impleatur, toties pro impleta habetur. Item *L. in iure civili, D. de reg. iur.*
Is, cuius † interest conditionem impleri, 5
intelligitur, in cuius persona conditio implenda est, utpote ad quem ex ea re aliquid perventurum est: ut in hac conditione; *si heres Stichum manumiserit*; Stichus est is, in cuius persona conditio implenda est, & ita cuius interest impleri; nam ex eo consequitur libertatem. Ita in hac conditione; *si Titio decem dederit*; Titius est is, in cuius persona conditio implenda est, & cuius interest conditionem impleri, ut decem consequatur. Talis est Titius in hac conditione, *si Seia Ti-*

Titio nupserit: & nam Titius impleta conditione, accipiet uxorem. Ergo eius interest. Quæ conditio eleganter negative expressa est, & recte iis verbis: quoties per eum cuius interest conditionem non impleri, stat, quo minus impleatur, toties pro impleta habetur, *L. in iure civili, de cond. & demonstr.* Is, cuius interest conditionem non impleri, est is, qui conditione impleta debiturus est, utpote heres, *L. Iulius §. ult. de cond. & demonst.* Veluti si quid legatum sit Titio, si heredi 10. daret, hic vere dixeris interesse heredis conditionem impleri, ut decem accipiat, & rursum interesse non impleri, ne impleta conditione legatum debeat. Generaliter autem si stet per heredem, seu per eum, qui impleta conditione debiturus est, quo minus conditio impleatur, toties pro impleta habetur, *d. L. 5.* vers. *sed si ea. D. quando dies leg. d. L. Iulius, de condit. & demonstr.* Hæc pars nullam dubitationem habet.

Altera pars distinctionis supra scriptæ de eo, in cuius persona conditio implenda est, casu mortuo, magnas dubitationes habet. Varia enim & in speciem pugnantia tradita sunt de hoc genere a vete-
6 ribus. In eo † autem varietatem tripli-
7 cem animadvertere possumus. Nam † cum is, in cuius persona conditio implenda est, mortuus est, priusquam recusaret admittere conditionem; quædam sunt definitiones, in quibus respondetur defecisse citra distinctionem. Qualis est hæc conditio; *si Seia Titio nupserit*; ubi Titio mortuo priusquam matrimonium recusaret, placet Seiam conditione desertam videri, sive Titius decesserit vivo testatore, sive mortuo. Quæ sententia non obscure colligitur ex hoc rescripto, vel diserte expressa est in *L. legatum, D. de cond. instit. L. 3. de cond. & demonstr.*
8 Quædam † sunt definitiones, in quibus contra conditio pro impleta habetur, qualis est hæc conditio; *si alimenta libertis legata sint, si cum matre, aut liberis testatoris morarentur*; nam quo minus cum matre, aut liberis morati sunt, placet alimenta nihilominus deberi, si per libertos non steterit, quo minus morarentur, *L. 1. infr. de legat. L. annua, de an. leg. L. Caio, §. 1. de alim. & cib. leg.* Est ter-
9 tium † genus conditionum, in quo ipso veteres videntur contraria scripsisse. Talis est hæc conditio, *si heres Stichum manumiserit*. Nam mortuo Sticho, quibusdam in locis scriptum est conditionem pro impleta haberi, ut in *L. quæ sub cond. §. quoties, de cond. Inst. & L. turpia, §. 1. de leg. 1.* Aliis in locis contra scriptum est, conditionem defecisse videri, sive mortuo testatore Stichus decesserit, sive vivo, *L. inde Neratius, §. idem Iulianus, D. ad L. Aquil.* Quæ ut dixi, contraria videri possunt. Nec enim audiendi sunt interpretes, qui ista genera conantur distinguere. Aiunt hanc conditionem, *si heres Stichum manumiserit*, esse in potestate solius heredis. Iam autem conditionem, *si Seia Titio nupserit*, esse in potestate partim Seiæ, partim Titii. Nam utroque mortuo, perspicuum est neutrum fuisse in potestate heredis, utpote quem casus mortis pariter impedierit. Deinde, quemadmodum in potestate est Titii matrimonium, ita in potestate est Titii efficere, ne manumittat, vel fugiendo, vel sibi manus inferendo. Idem quoque in manu Dei positum est, si illi mortem attulerit. Neque enim illud verum est, quod dicunt in hac conditione, *si liberti cum matre morabuntur*, mortua matre, conditionem pro impleta esse favore alimentorum. Nam in *L. illis, de cond. & demonst.* dicitur, hanc conditionem superiore casu non pro impleta esse sed defecisse.

Hæc † ut conciliari possint, statuendum est ita. Primum animadvertendum est in hac conditione, *si liberti cum matre non morabuntur*, proprium quoddam esse diversum a cæteris huius generis conditionibus, ut scilicet mortua matre & generaliter conditione quoquo modo impedita, conditionem pro impleta videri, dummodo non stet per libertos, quo minus morentur. Id autem intelligitur ex fine huius conditionis. Nam cum testator libertos morari iussit cum matre, voluit, ut non modo obsequium præstent matri & iis, cum quibus morari debent, id notatur in *d. L. illis, D. de cond. & dem.* Porro quod hic exigitur obsequium a libertis, non est positum in facto morandi, sed in propensione voluntatis. Is enim obsequio satisfacere intelligitur, qui paratus est obsequi, modo liceat, quemadmodum hi servi dicuntur servisse, qui cupientes servire non potuerunt, quia ægroti erant, *L. 4. §. Sticus, de stat. liber.* Cæteræ omnes † conditiones, quæ 11
in alterius persona impleri debent, sunt dissimiles. In his autem cum quæritur, an mortuo eo, in cuius persona conditio implenda erat, conditio pro impleta habeatur? distinguendum est. Interest enim, utrum mortuus sit tunc, cum conditio potuit impleri, an vero tunc, cum non potest. Nam priore † casu conditio sine ex- 12
ceptione

ceptione defecisse intelligitur, quia fuit possibilis, conditio autem implenda est, si potest *L. quæ sub cond. §. quoties, in fin. de cond. Inst.* idest, si potest impleri iure, & natura. Unde intelligimus, si tum non est impleta, defecisse videri.

13 Posteriore autem † casu conditio pro impleta habetur, quoniam quæ conditio impleri non potest, est impossibilis. Impossibiles autem conditiones non nocent, non tam quod habeantur pro impletis, quæ impleri non potuerunt, quam quod habentur pro non adimplendis, *L. 3. de cond. & demonst.* Ex hac distinctione natum est, quod distinguantur conditiones a veteribus, *si Seia Titio nupserit* : &, *si heres Stichum manumiserit*. Scire enim oportet, hanc conditionem, *si Seia Titio nupserit*, quandocunque impleri posse, non solum mortuo testatore, sed etiam testatore adhuc vivo, *L. hæc conditio 10. L. cond. 9. de cond. & dem.* Contra autem hæc conditio; *si heres Stichum manumiserit*, mortuo testatore impleri potest, vivo non potest, *L. 2. de cond. & dem.* Ob hanc caussam placuit in hac conditione, *si Seia Titio nupserit*, Titio quandocunque mortuo conditionem defecisse, & Seiam heredem Titii non futuram, scilicet, quia quandocunque Titius decedit, tunc decedere intelligetur, cum Seia illi nubendo conditionem implere potest. At in hac conditione, *si Seia Stichum manumiserit*, res aliter se habet; nam si Stichus decessit, adhuc vivo testatore, placet Seiam heredem conditione defectam non esse, sed conditionem pro impleta videri.

Hæc est species *L. quæ sub cond. §. quoties, de cond. inst.* ubi proponitur Stichus mortuus, sed nominatim adiicitur vivo testatore. Igitur hoc casu conditio defecisse non videtur, quia tunc conditio fuit impossibilis heredi, sub hac conditione instituto; non enim potuit eam iure implere. At si idem Stichus moriatur mortuo testatore, conditionem placet defecisse videri, & eum, qui sub conditione institutus est, heredem non futurum. Hæc enim species est *L. inde, §. idem Iulianus, D. ad L. Aquil.* Sed utraque species huius distinctionis suas obiectiones habet. Nam primo quod dicitur, si Stichus vivo testatore decesserit, conditionem pro impleta haberi, id negari videtur in *d. L. inde Nerat. §. idem Iul. ad L. Aquil.* Non enim tantum illic dicitur, si Stichus occisus sit mortuo testatore, defecisse conditionem, sed etiam adiicitur: si vivo testatore occisus sit, æstimationem heredis cessare. Quibus verbis significatur, etiam hoc casu amissam esse hereditatem domino, qui conditione defectus sit; sed tantum hoc casu hereditatem non esse æstimandam in actione L. Aquiliæ de servo occiso. Hoc loco adducti Interpretes generaliter statuerunt, quocunque tempore occisus sit Stichus, conditionem superiorem defecisse videri: diversum esse, si Stichus non sit occisus, sed naturaliter mortuus sit, quo rursus casu statuunt, semper conditionem haberi pro impleta, quocunque tempore mortuus sit, & ita interpretantur *d. L. quæ sub cond. § quoties, de cond. Inst.* Et nos hanc distinctionem sequeremur libenter, ut non improbabilem plane, nisi & verba Ulpiani & vera ratio huic definitioni refragaretur. Nam Ulpianus in *d. L. quæ sub cond. §. quoties*, de Sticho mortuo nihil distinguit, quando mortuus sit; tam enim moritur, qui occiditur, quam qui naturaliter moritur. Deinde vera ratio facit, ut in quibus caussis eadem ratio est, in iis idem ius statui debeat, *L. illud, D. ad L. Aquil.* Nihil autem interest ad casum naturæ, an Stichus naturaliter moriatur, an occidatur ab alio; tam enim casu moritur, qui moritur natura, quam qui ab alio occiditur. Ac proinde in utraque morte ad conditionem vel implendam, vel deficiendam nihil interest. Nam quod illi hanc rationem differentiæ reddere conantur, plane ridiculum est. Volunt, cum Stichus ab alio occisus est, ideo conditionem defecisse, quia dominus sub ea conditione institutus hereditatem persequi possit ab eo, qui occidit. Quod præpostere & absurde dicitur. Non enim ideo conditio deficit, quia dominus hereditatem amissam persequi potest; sed ideo persequi potest, quia prius conditio defecit. Oportet igitur prius demonstrari conditionem defecisse, deinde tractari de hereditate persequenda. Illi autem contra naturam faciunt priorem persecutionem domini, quam defectum conditionis.

Deinde si hanc rationem sequimur, conditio hæc, *si heres Stichum manumiserit*, pro impleta habebitur, si vivo testatore occisus sit. Nam hoc casu dominus hereditatem ab extraneo consequi non potest, ut dicitur nominatim in *d. L. inde Nerat. § idem Iul.* Et tamen illic sequitur, conditionem videri defecisse hoc casu. Tenebimus igitur: Ubi vivo testatore Stichus decessit sive naturaliter, sive occisus sit, conditionem non videri defecisse ob eam rationem, quam supra dixi; quia tum conditio sit impossibilis probatur, in *d. L.*

quæ sub cond. §. *quoties*, *de cond.* & *demonst.* Ad obiectionem autem *L. inde Neratius*, §. *idem Iul.* sic respondemus: Illic non dici, si Stichus vivo testatore occisus sit, conditionem defecisse, ut in priore casu; sed dici hoc casu hereditatis æstimationem cessare, & etiamsi conditio defecerit; quod ideo dicitur ab Ulpiano, quia etiamsi vivo testatore Stichus occidatur; interdum tamen potest deficere conditio, ut puta si testator fecerit potestatem Titii manumittendi, etiam se vivo. Item ita instituendo; *Titius mihi heres esto, si Stichum manumiserit, vel me vivo, vel me mortuo.* Cæterum si testator simpliciter ita scripserit, *Si Stichum manumiserit*, constanter tenendum est, eam conditionem vivo testatore impleri non posse, *d. L.* 2. *D. de cond.* & *dem.* Quod si impleri non potest, ne deficere quidem potest, quæ est impossibilis.

Rursus quod dicitur, si Stichus mortuo testatore decesserit, conditionem defecisse, sive naturaliter mortuus sit, sive occisus sit ab alio. Hæc quoque pars incurrit in alios locos specie contrarios, in quibus generaliter tradi videtur, mortuo Sticho superiorem conditionem haberi pro impleta, quandocunque mortuus sit, hac ratione, quia per heredem, aut legatarium non stat, quo minus Stichus manumittatur, qui mortuus est. Hoc scribi videtur primo in *d. L. quæ sub cond.* §. *quoties*. Nam in extremo illa verba sunt: *Nam mortuo Sticho nemo diceret heredem submovendum: implenda est enim conditio, si potest.* Respondeo: hæc verba postrema ad priora referenda sunt: nam Ulpianus eo loci persequitur unum eundemque sermonem. Initio autem proposuerat de Sticho, qui mortuus est vivo testatore, quæ igitur sequuntur, cum eadem adiectione intelligenda sunt, ut sit sensus: nam mortuo Sticho, vivo adhuc testatore, ut proposuimus, nemo dicet heredem submovendum; implenda est enim conditio, si potest natura impleri, quod non fit, ubi Stichus vivo testatore moritur.

Rursus hic obstat *L. turpia*, §. 1. *D. de leg.* 1. ubi ita scriptum est generaliter; *sed etsi mors Stichi impedierit manumissionem, cum legatum esset*, si legatarius Stichum manumisisset, *legatum debebitur; quia per legatarium non stat, quo minus conditio impleatur*. Responsio est in his verbis, *si mors Stichi impedierit manumissionem:* & illa verba intelligenda sunt vivo testatore; nam prius scriptum erat: si Seiæ legatum relictum esset sub conditione, *si Titii arbitratu nupsisset*, & Titius vivo testatore mortuus esset, legatum debetur. Continenter subiicitur, *sed etsi mors Stichi impedierit manumissionem*; ex quo apparet hæc verba ad priora referri, ut sic idem casus intelligatur, ut prius.

Postremo obstat *L. si fundum per fid.* §. 1. *de legat.* 1. ubi proponitur fundum legatum esse Titio, & Titius rogatus Stichum servum alienum manumittere: videtur Sticho mortuo Titium legatum consecuturum, ubi non dubium est, quin intelligi debeat, Titium consecuturum esse legatum, etiamsi Stichus mortuo testatore decesserit. Sed nihil adversatur, ut & vulgo bene acceperunt: nos enim agimus de eo, qui heres institutus est, aut cui legatum sit sub conditione, si Stichum manumiserit, *in d. L. si fundum per fid.* §. 1. Apparet ex his, quæ diximus, legatum relictum fuisse pure, sed legatarium rogatum esse, ut Stichum manumitteret. Certi iuris est legatum pure relictum statim deberi, nec adimi legatario, nisi aliqua culpa sit legatarii, propter quam adimatur; quæ culpa nulla est in eo, qui manumittere servum alienum & mortuum non potuit. Conditionis diversa est caussa; nam hac adiecta, nisi ea prius exstiterit, nihil debetur, *L. legata sub conditione*, *D. de condit.* & *demonst.* *L. cedere*, *de verb. sign.*

Ad L.

Ad L. Conditioni. 2.

Imp. Antoninus A. Cassiæ.

Conditioni, sub. qua testamento matris tuæ heres institutus es, si non paruisti, locum habet substitutio. Nec enim videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixisse, cum te filio sororis suæ, consobrino tuo, probabili consilio matrimonio iungere voluerit. Nec extraordinario auxilio indiges: cum ex his precibus, quas libello complexa es, declaretur, non per eum stetisse, quo minus supremæ voluntati matris tuæ testatricis satisfieret. PP. VIII. Id. Mart. Romæ. Antonino A. IIII. & Balbino Coss.

S U M M A R I A.

1. *Filia sub conditione*, si consobrino nuberet, *instituta, an si conditioni non paruerit, nihilominus tanquam reiecta conditione, hereditatem habere possit? & per tot.*
2. *Conditio non reiicitur, nisi aut contra bonos mores, aut contra leges sit.*
3. *Filia, quæ conditioni non paruit, non debet in integrum restitui, ut hereditatem consequatur, si adhuc potest conditioni parere.*
4. *Quid si non amplius conditioni parere valeat, etiamsi velit cum antea recusarit?*

1 SI filia † instituta est sub conditione, *si consobrino nuberet*; quod si non nuberet, Titius substitutus sit, filia conditioni parere non vult, & nihilominus tanquam reiecta conditione vult hereditatem habere: an possit, quæritur? Respondeo: nisi conditioni paruerit, eam non futuram heredem, & recte.

2 Nam non † reiicitur conditio, nisi aut contra bonos mores, aut leges sit. Contra bonos mores, ut si viduitatem iniungat, *L. cum ita legatur, de cond. & demonst.* Contra leges, ut si matrimonium inter consobrinos consistere non possit, quorum neutrum in proposito accidit: nam conditio invitat ad matrimonium. Huius generis conditiones omnes receptæ sunt, si modo honeste nubere liceat ei, in cuius persona conditio implenda est, *L. Titius* 100. *§.* 3. *de condit. & demonstr.* Sed & iure matrimonium inter consobrinos recte contrahitur, ut hic scriptum est, & *in §. duorum, Instit. de nupt. L. in copulandis, C. de nupt.* Cum igitur nihil obstet conditioni, res pertinet ad regulam iuris communis. Nisi conditio prius extiterit, institutioni locum non futurum. Proinde in proposito substitutioni locus erit.

Hoc metuens filia, cum iam recusasset consobrino suo nubere amplius, quæsitum, † an possit in integrum restitui, ut 3 hereditatem consequatur. Filiam finge fuisse minorem 25. annis, cui etiam restitutio tribui solet ad hoc, ut repudiatam, vel semel omissam hereditatem iterum adire sibi liceat, *titul. si ut omiss. hereditat. sup.* Respondet Antoninus, eam auxilio extraordinario non indigere, cum per eam factum sit, quominus matrimonium consequeretur, non autem per consobrinum: ubi auxilium extraordinarium vocat restitutionem in integrum, ut in *L.* 1. *in pr. de min.* Hæc sententia certa est, si adhuc filia conditioni parere possit: potest autem parere, quandiu vivit, & consobrinus aliam uxorem non habet. Nam extraneus & maxime filius, vel filia heredes instituti ex conditione parere possunt, cum per naturam licet, aut per ius, *L.* 4. *supr. de hered. instit. L. ult. de cond. inst.*

Quod si consobrinus aliam uxorem duxerit, definit conditio impleri posse. Nam ei nubere non potest, qui aliam habet uxorem, *§. affinitatis, Inst. de nupt.* Hic igitur dicimus quandiu consobrinus aliam uxorem non habet, tamdiu filia minor ad consequendam hereditatem restitutione in integrum non indiget; nam si vult consobrino nubere, consequitur hereditatem iure communi, dum scilicet conditioni paret. Porro qui iure communi munitus est, is extra-

ad conciliandum Sticho dominum, vel propter meritum, vel propter fidem in pretio accepto quæsitam.

Quod de emancipationis casu diximus, idem de quovis alio casu liberationis a patria potestate intelligendum est. Ut puta; Mater instituit liberos, cum pater moriretur, cuius in potestate erant. Conditio implebitur etiam vivo patre, si liberi emancipati erunt; aut deportatus pater, *L. mulier, ad Treb. L. si ita esset. D. quando dies leg. ced.* Unde generaliter definiendum est, cum testatrix † in unum
3 casum liberationis a potestate liberos heredes instituit, etiam in omnes alios casus, quibus liberi sui iuris efficiuntur, instituisse videri.

Huic parti adversari videtur *L. commodissime, de liber. & post.* ubi si quis postumum instituat in unum casum nativitatis, in alterum præteriisse videtur, etiamsi casu expresso id egerit, ut qui nasceretur, heres esset. Et proinde uterque casus eos effectus habebit. Ut puta, instituit testator eum, qui se vivo postea nasceretur, si is, qui in utero est, nascetur eo mortuo; institutus non videtur, idemque placet e converso. Resp. Dissimilitudo rerum observanda est: alia caussa est earum rerum, quæ ex auctoritate legis pendent, alia earum, quæ ex voluntate
4 testatoris. Nam in his, † quæ pendent ex auctoritate legis, huius ipsius legis voluntatem spectabimus, ut si fit, quod lex iubet, ratum id sit; si non fit, pro infecto habeatur, quia legi paritum non fuit, etiamsi testator hoc animo fuerit, ut idem factum vellet. Huius generis est institutio post mortem, non enim testator postumos pro arbitrio instituit, sed lex iubet institui, *§. postumi, Instit. de exher. liber. L. postumus, de iniusto, rupt.* Et iubet institui in omne tempus. Proinde si is institutus non est, quia nascetur vivo patre, pro instituto non erit, etiamsi testator de eo senserit; quia non fecit, quod lex iubebat, & res in voluntate testatoris posita non est, sed in legis auctoritate.

At in his, † quæ ex voluntate testato- 5
ris pendent, huius solius voluntatem sequi dicemus; idque fit non modo non refragante lege, sed etiam lege voluntatem testatori confirmante, uti quisque legassit, &c. *L. verb. legis, de verb. sign.* Huius generis conditiones in testamento sunt, quas adiici institutioni, aut legato neque leges iubent, neque vetant. Proinde conditione in unum casum adiecta, si testator de aliis partibus sensit, hanc sententiam sequemur. Hic etiam occurritur nobis: nam in his, quæ pendent ex auctoritate privatorum, cum quis sibi in unum casum cavit, in alterum non cavisse videtur, etiamsi eundem effectum habeat, ut probatur exemplo *L. si cum dotem, sol. matr.* ubi si extraneus in dote pro muliere danda paciscatur, aut stipuletur in unum casum vel divortii, vel mortis alterius ex coniugibus dotem sibi reddi, placet eum actionem non habere in eum casum, qui omissus est, etiamsi constet iure civili pariter matrimonium solvi divortio & morte.

Respondeo: in his, quæ ex unius voluntate pendent, ut sunt res testamenti, quæ pendent ex unius testatoris voluntate, cuius solius voluntatem spectamus, ut sic uno casu expresso, cæteri quoque contineri intelligantur, de quibus senserit. At stipulatio & pactio ex consensu duorum constat, stipulantis & promittentis; idcirco utriusque consensum & placitum spectare oportet, & uno dissentiente nihil agitur. *L. inter stipulantem, §. 1. de verb. obl.* Hinc fit, ut cum stipulator sibi in unum casum cavit, in alterum actionem non habeat; quia etiamsi ipse sensit de alio; tamen promissor non consensit de eo, cuius hic animus est, ut quam minimum debeat, certe ut nihil debeat, nisi quod verbis comprehensum est, usque adeo, ut orationem ambiguam adversus stipulantem semper interpretemur, nisi quid actum sit constet, *L. stipulatio ista, §. in stipulatione, L. quicquid, de verb. oblig. L. semper, de reg. iur.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Si pater. 4.

Imp. Alexander. A. Æmiliano,

Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quæ in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, nec in defectum eius exheredavit: iure testatus non videtur. Cum autem trans mare & longe te agentem sub hac conditione heredem scriptum esse dicas, si in patriam quæ in provincia Mauritaniæ erat, regressus fuisses, nec exheredatum te alleges, si in eum locum non redisses: manifestum est multis casibus non voluntariis, sed fortuitis evenire potuisse, ut eam implere non posses: & ideo adire hereditatem non prohiberis. PP. VI. Kalend. Apr. Iuliano II. & Crispino Coss.

SUMMARIA.

1. *Filius, qui est in potestate, an sub conditione institui possit? Distinguendo respondetur sub num. 2. & 3.*
4. *Filio, qui in potestate est, sub ea conditione instituto, quæ in potestate eius non est, pater intestatus decedit.*
5. *Quæstio, an ab hac lege sit discessum constitutionibus Iustiniani, late discutitur & negativa defenditur.*
6. *Conditionum, quæ in potestate filii non sunt, tria genera.*
7. *Filio sub impossibili conditione instituto, & institutio & testamentum nullius est momenti.*
8. *Filio sub conditione possibili, quæ tota in casum confertur, instituto, inutilis est institutio.*
9. *Conditio collata in potestatem filii, non videtur omni ex parte in eius esse potestate, nisi statim possit incipere eam implere, quando velit.*
10. *Conditio in potestate filii posita quæ sit.*
11. *Quod dicitur, filium non posse institui sub ea conditione, quæ in eius potestate non est, an sit perpetuum.*
12. *Nepotes & cæteri liberi an sub conditione institui possint.*

Filius, qui in patris potestate est, iubetur heres institui aut nominatim exheredari, idque in omne tempus. Quod si neque institutus, neque exheredatus est, etiamsi id dici possit factum esse in aliquam partem, placet testamentum nullum esse, *inst. de exher. lib. Inst.* Hinc quæ-
1 situm est; an filius † qui in potestate est, possit institui sub conditione; nam fieri potest, ut conditio deficiat, hac deficiente filius reperitur non institutus esse, sed nec exheredatus est: nam de eo loquimur, qui non omnino sit exheredatus. Proinde in id tempus, eundemque casum præteritus videtur. De hac re placuit hæc distinctio veteribus, ut intersit, quænam sit conditio, sub qua est institutus. Sub
2 ea † conditione, quæ in eius potestate est recte instituitur, ut sive pareat conditioni, sit heres ex testamento; sive non pareat, omnino non sit heres, neque ex testamento, neque ab intestato *L. 4. L. iam dubitatur, D. de her. instit.*

Sed hoc ius emendatum videtur constitutione Iustiniani, cui placuit intra legitimam filio herede instituto reiici de institutione omnem conditionem, quæ ius filii imminuat, quæque hereditatem, aut onus inducat, *L. quoniam in prioribus, sup. de inoffic. testam* Quæ conditio nova constitutione Iustiniani postea confirmatur quæ una est ex 50. decisionibus, *L. scimus, §. cum autem, supr. de inof. test.* Et hoc, ut dixi usque ad legitimam. Quod si ultra legitimam filius institutus erit sub ea conditione, quæ in eius potestate, est, nihil mutat Iustiniani constitutio. Proinde exigemus a filio ut conditioni pareat. Sub ea vero † conditione, quæ in eius potestate non est, filius 3
institui non potest, ob caussam, quam initio reddidimus: quod deficere conditio potest,

poteſt, ita ut nihil imputetur filio, cur impleta non ſit. Hac deficiente reperitur eſſe præteritus; quo fit, ut eo tanquam præterito res pertineat ad definitionem initio poſitam. Et ideo cum dicimus filium ſub eiuſmodi conditione inſtitui non poſſe, hoc dicimus: ſi erit inſtitutus, non inutilem eſſe conditionem, ut hac reiecta inſtitutio valeat, ſed inutilem eſſe inſtitutionem, & tanquam eo præterito teſtamentum non valere, id quod cavetur hic. Idem ſignificatur in *L. ult. de cond. inſt.*

4 Ergo † filio, qui in poteſtate eſt, ſub ea conditione inſtituto, quæ in eius poteſtate non eſt, inteſtatus pater decedit. Eſt enim is inteſtatus non tantum, qui teſtamentum non facit, ſed etiam qui iure non facit. Proinde filius heres erit patri, ut in hoc reſcripto dicitur in fine, ſed non ex teſtamento, ut quidam putaverunt, quoniam teſtamentum nullum eſt; ſed ab inteſtato, quoniam, ut dixi, inteſtatus pater decedit. Hic opponitur *L. 2. §. ſi ſub cond. D. de poſſ. ſecund. tab.* Nam ſi filius ſit ſub quavis conditione inſtitutus illic ſcriptum eſt, eum ſtatim petere poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, eamque poſſeſſionem neceſſariam eſſe emancipato. Reſpon. Recte ſentiunt hi, qui eum locum, etiamſi indefinite ſcriptum, accipiunt de filio emancipato, in cuius perſonam cadit, ut poſſit inſtitui ſub quavis conditione; ad filiumfamilias non pertinet: nam qui ſub conditione inutiliter inſtituuntur, ut eſt filius, qui in poteſtate eſt, & ſi bonorum poſſeſſionem ſecundum tab. petere non poſſunt, ut diſerte traditum eſt in *L. hi demum, de bon. poſſ. ſecun. tab.* non tamen efficietur teſtamentum iure civili valere. Nam Prætor dat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, ſi ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, & ſit aliquis teſtamento inſtitutus, etiamſi mero iure teſtamentum non valeat, *§. non tantum, Inſt. quib. mod. teſt. infirmentur*. Itaque hactenus ſententia prior manet de filioſamilias inſtituto ſub ea conditione, quæ in eius poteſtate eſt.

5 Quæſitum eſt † an ab hac lege diſceſſum ſit conſtitutionibus Iuſtiniani? Bartolus quem alii certatim ſequuntur poſtea, putavit ei iuri derogari, *L. quemadmodum in priorib. ſupr. de inoff. teſt.* ubi diſerte Iuſtinianus uſque ad legitimam filii removet conditionem inſtitutioni filii adſcriptam, neque diſtinguit de filio, aut conditione, ut videtur. Sed verba conſtitutionis aperte refragantur, ex quibus apparebit eos omnes, qui in hac ſententia ſunt, valde eſſe hallucinatos. Nam primum conſtitutio nominatim loquitur de his filiis, qui ex iure veteri querelam inofficioſi movere potuerunt. Hæc verba aperte non pertinent ad filium, qui eſt in poteſtate, quidem inſtitutus eſt ſub ea conditione, quæ in eius poteſtate non eſt; nam hic iure civili ab inteſtato heres fuit patri, ac proinde querelam movere non potuit. Nam quoties quis alio iure ad hereditatem pervenire poteſt, locus non eſt querelæ inofficioſi teſtamenti, *§. tam autem, Inſt. de inoff. teſtam.*

Deinde in ea conſtitutione Iuſtinianus reiicit non omnes conditiones, ſed eas, quibus minuuntur filii iura. Item eas, quibus dilatio aut onus inducitur. In hoc numero non eſt conditio, quæ in poteſtate filii non eſt, ſi ſub ea conditione a patre ſit inſtitutus. Hæc enim non imminuit filii ius: quia perinde eſt, quaſi ſcripta non eſſet; & quia filius pro parte hereditaria, quam alioqui habere potuiſſet ex teſtamento, totam hereditatem obtinet ab inteſtato; nec tamen inducit etiam dilationem ac onus, poſtquam hac contempta ſtatim adierit. Proinde dubitari non poteſt, quin ea conſtitutione nihil in iure veteri ſuperiore innovetur, cum filiusfamilias inſtitutus eſt a patre ſub ea conditione, quæ in eius non eſt poteſtate. Sed moventur Bartolus & alii *L. ſcimus, §. cum autem, ſupr. eod. de inoff teſt.* ubi proponitur extraneus aliquis heres inſtitutus, & rogatus, cum morietur, reſtituere hereditatem filio teſtatoris. Hic hereditatem reliquit filio ſub conditione: nihil enim intereſt utrum dicat teſtator, cum morietur heres, an ſi morietur, *L. ſi Titio, D. quando dies leg. ced. L. centeſimis, §. pen. de verb. obl.* Eandem etiam conditionem manifeſtum eſt non eſſe in poteſtate filii & tamen Iuſtinianus eo loco interpretatur legem ſuam priorem, quomodo in prioribus conſtitutionibus, ut ea conditio non exſpectetur uſque ad legitimam filii, ſed ſtatim legitima portio repræſentetur. In reliqua autem parte hereditatis exſpectetur mors heredis. Exiſtimavit igitur Bartolus quod illic dicitur de fideicommiſſaria hereditate reſtituenda, id etiam probandum eſſe in inſtitutione, in quo ab illo vehementer erratum eſt. Nam filius ſub ea conditione, quæ in eius poteſtate non eſt, inſtitui nequit: quia lex vetat ita inſtitui, vetat enim præteriri & ideo ſi ſit inſtitutus, inſtitutio non valebit: quia contra legem facta eſt. At fideicommiſſum filio relinqui poteſt quovis modo, ideſt, & pure & ſub con-

conditione qualibet: quia lex non iubet fideicommissum relinqui filio, sed hoc relinquit in potestate testatoris; & ideo quocunque modo testator fideicommissum reliquerit, iure valebit, quia nihil hic contra legem fit, sive hoc modo, sive illo relinquatur. Male igitur quod de fideicommisso illic dicitur, transfertur ad institutionem. Hoc amplius, ut intelligamus eam legem nullo modo obstare, nec ad hanc quæstionem pertinere, diligenter animadvertendum est, illic aut agi de filio emancipato, aut de filiofamil. exheredato; nam proponitur solus extraneus esse institutus, quod ex eo intelligitur, quia rogatur non partem hereditatis, sed totam hereditatem restituere, quod fieri non potuit, nisi esset ex asse institutus. Necesse est igitur, si testamentum valere volumus in quo filius institutus non est, aut eum emancipatum esse, aut filiumfamilias exheredatum; nam emancipatos non est necesse heredes instituere, aut exheredare, *§. emancipatos, Inst. de exher. liber.* Filiifamilias recte exheredantur. Quod si neque exheredantur, neque instituuntur, testamentum nullum est, ac proinde nihil illic valet fideicommissum, *tit. Inst. de exher. lib. in pr. L. eam quam, infr. de fideicom.* Hoc si ita est, nihil constitutio ad hanc quæstionem pertinet; nam non agimus de filiis emancipatis; non agimus etiam de filiisfamilias qui sunt exheredati, sed qui sub conditione instituti sunt, quæ in eorum potestate non est. Quare manebit rata sententia hæc, etiam post constitutiones illas Iustiniani: si filiusfamilias institutus sit sub conditione, quæ non est in potestate eius, nullum esse testamentum; proinde filium ab intestato patri statim heredem futurum.

Videndum nunc est, quæ sit conditio in potestate filii, quæ non sit. Et earum
6 † conditionum quæ in filii potestate non sunt, sub quibus instituto filio testamentum nullum est, tria sunt genera. Aut enim conditio est impossibilis, aut possibilis, sed in eventum tota collata, aut ita collata in futurum & potestatem filii, ut tamen non possit statim incipere eam implere, aut non possit eam implere sine longinquo itinere, aut summo periculo.
7 Filio † sub impossibili conditione instituto, singulare ius est, quod non reiicitur conditio, ut sic institutio propterea valeat, sed & institutio & testamentum nullius momenti est, sive conditio impossibilis sit natura, sive iure. Veluti, *filius meus heres esto, si cælum digito attigerit, vel si ex hoc loco cras Lugdunum pervenerit, si ab uxore diverterit, aut si liberos non aluerit*. Hic opponitur regula iuris, qua efficitur in testamentis impossibiles conditiones vel institutioni vel legatis adscriptas, pro non adiectis haberi, & nihilominus legatum valere; *L. 3. de cond. & dem. §. impossib. Inst. de her. inst. L. 1. L. conditiones, de cond. inst.* Intelligendum est: hoc dictum esse de cæterorum omnium institutionibus & legatis, in institutionibus filiifamilias locum non habere, differentiæ rationem esse hanc; quia in cæteris liberum est his aliquid relinquere, vel non; liberum etiam conditionem impossibilem adiicere, ac proinde ea adiecta nihil nocere, quia in ea adiicienda nihil fit contra legem. At filiorum præteritio non est libera; sed videtur pater instituere, nisi velit exheredare. Proinde vetatur instituere sub conditione, quæ in filii potestate non sit; ideoque quancunque conditionem adiecerit, eiusmodi institutio non valebit, quia contra legem facta est; & generaliter constitutum est de his, quæ contra leges fiunt, ea pro infectis haberi *L. non dubium, C. de legib.*

Sub secundo † genere conditionis, quæ 8
tota in casum confertur; nulla dubitatio est, quin instituto filiofam. inutilis sit institutio, ac propterea testamentum: Veluti; *Filius heres esto, si navis ex Asia venerit*. Nam semper constitit hanc conditionem reiici ex testamento. Sed etiamsi
† conditio collata erit in potestatem filii; 9
tamen non videhitur omni ex parte in eius potestate esse, nisi statim possit incipere eam implere, quando velit; & ideo si sit is institutus sub conditione, *si in Alexandriam venerit*, nullum erit testamentum, si hyems ei obstet, quominus possit navigare, tametsi præterita hyeme, pervenire in Alexandriam possit, *L. 4. §. pacto, D. de her. Inst.* Idem dicendum est, si statim possit incipere conditionem implere, sed res longum iter desideret, & impleri non possit sine periculo. Veluti, si sit institutus filius sub hac conditione, *si in patriam Mauritaniam rediret*, cum longe abesset, quod est exemplum *h. L. 4.* vel, *si Titio 10. dederit*, cum Titius peregre profectus esset, quod est exemplum in *L. 4. §. puta, de her. Instit.* Ex his intelligi potest, † 10
conditionem in potestate filii eam esse, quam filius non aliquo tempore implere potest, sed quam statim incipere implere potest, nulla caussa impediente, quo minus possit, & quam eandem sine molestia longinqui itineris & sine metu peri-

culi implere potest, *L. 4. §. puto, de hered. instit.*

11 Quod dicitur † filium non posse institui sub ea conditione, quæ in eius potestate non est, non est perpetuum, sed hanc exceptionem habet, nisi sub contraria conditione, seu in defectum conditionis sit exheredatus, ut hoc rescripto cautum est, & *L. iam dubitari, de hered. instit.* Quod ideo recipitur, quia cessat hic periculum præteritionis, propter quod superior institutio reiiciebatur; ut puta filius institutus est, *si navis ex Asia venerit*, quod si navis non venerit, exheres esse iussus est. In hac specie si conditio existit, institutus est, si deficit, exheredatus est, & ita neutro tempore præteritus est; quia utroque aut institutus, aut exheredatus est. Non obstat, quod dicitur, filium pure exheredatum esse, *L. 3. §. pure, de lib. & posthum.* Hoc enim semper cum hac exceptione accipiendum est, nisi sub contraria conditione sit institutus, ut hoc loco & similibus cavetur. Non obstat etiam; quod dicitur, filios certo iudicio ab herede removeri debere, *L. sed sub cond. D. de bon. poss. contr. tabul.* Nihil enim vetat, quo minus pater iustas caussas exheredationis habeat, propter quas certo iudicio exheredet filium; & tamen placeat patri filium sub conditione exheredare; in qua conditione etiam certum patris iudicium intelligitur, cum filium heredem sub contraria conditione instituit; tunc enim filium ab hereditate non removet.

Expendenda autem sunt verba definitionis hoc loco positæ, quam supra exposuimus. Verba enim concepta sunt de filio, qui est in potestate patris. Utrumque recte, & consulto. De filio definitio

12 concepta est; quia alia † caussa est nepotum, & deinceps cæterorum liberorum; de iis scriptum est in *L. 6 §. 1. D. de hered. inst.* hos institui posse sub quavis conditione, aliter atque filii, qui sunt in potestate. Et animadvertendum diligenter, illic agi de nepotibus, qui sunt in potestate avi, sic enim verba sunt: *Nepotes autem & deinceps cæteri, qui instituti non rumpunt testamentum.* Quæ verba notant eos nepotes, qui ita demum non rumpunt, si sint instituti, id est, qui institui debeant, aut exheredari; alias rumpunt. Hi autem soli id faciunt, qui in potestate sunt avi, & qui filiis sublatis in parentum suorum locum successerunt quasi agnascendo, ut res explicatur in *§. posthumorum, Instit. de exhered. lib. & L. 6. §. fin autem, de iniust. rupt.* Tantum abest autem, ut repugnent illa verba, quæ sequuntur in *d. L. 6. §. 1.* de hered. instit. *licet redigantur nepotes ad filii conditionem*, ut maxime hæc ipsa verba superiorem sententiam confirment. Nam sic nepotes rediguntur ad filiifamilias conditionem, ut sicut filius, ita & ipsi institui, aut exheredari debeant.

Quid sibi igitur vult, quod Ulpianus ait, *licet nepotes redigantur ad filii conditionem*, si nepotes aliter institui possunt, quam filii? Respondeo: ex verbis præcedentibus apparet, Ulpianum hoc sentire, licet cæteris in rebus, quam in conditione, redigantur nepotes ad filii conditionem; id, ut dixi, ex præcedentibus liquet, quia prius Ulpianus conditionem excepit. Sed hic rursum occurritur: nam si nepotes sub conditione instituuntur, deficiente conditione instituti non sunt. Nos autem illis non institutis, aut non exheredatis, dicimus æque nullius esse testamentum momenti, ac si filius esset præteritus, *d. tit. de exher. lib. Inst.* Respondeo, & hoc verissimum est, si certum esse cœperit conditionem, sub qua nepotes instituti sunt, defecisse; sed priusquam defecerit, expectandum est, utrum existat, an deficiat conditio. Nam fieri potest, ut existat, qua existente nepotes recte instituti reperiuntur. Et in hac re consistit discrimen inter nepotes & filium, qui sunt in potestate, quanvis omnes sub eadem conditione casuali instituti sint. Nam in nepotibus expectamus eventum rei, in filiis non spectamus eventum, sed quod evenire potest. Potest autem accidere natura, ut conditio casualis deficiat: ob hanc caussam ex eo, quod evenire potest, placet filium in omnem eventum institutum non videri, ac proinde præteritum. Sed cur non idem dicimus in nepotibus? Respond. quia plus in hac re tributum est filiis, quam nepotibus, ut olim ius fuisse certum est *ex d. tit. de exher. lib. in princ.* in illis verbis; *sed non ita.* Quod ius in conditione mutatum non est. Præterea definitio huius loci concepta est de filio, qui est in potestate. Recte hoc quoque quia emancipatos iure civili heredes instituere, aut exheredare necesse est, *§. emancipatos, Instit. de exher. lib.*

Ad L.

Ad L. Reprehendenda. 5.

Impp. Valerian. & Gallien. Maximo.

Reprehendenda tu magis es, quam mater tua. Illa enim si heredem te sibi esse vellet: id quod est inutile, matrimonium te dirimere cum viro non iuberet. Tu porro voluntatem eius divortio comprobasti. Oportuerat autem, etsi conditio huiusmodi admitteretur, præferre lucro concordiam maritalem: enimvero cum boni mores hæc orbservari vetent: sine ullo damno coniunctionem retinere potuisti. Redi igitur ad maritum, sciens hereditatem matris, etiam si redieris, retenturam: quippe quam retineres, licet prorsus ab eo non recessisses. P. P. XII. Kal. Decemb. Valeriano IV. & Gallieno III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Conditiones turpes, & quæ contra bonos mores, item contra leges sunt, in testamento adiectæ, pro non scriptis habentur, & cur.*
2. *Exemplo hoc declaratur, & simul legis sensus, & multiplex ratio illustratur.*
3. *Verba hæc*, non iuberet, *quomodo intelligenda.*
4. *Lectionis emendatio.*

1 Conditiones † turpes, & quæ contra bonos mores sunt, item contra leges, si in testamento adiiciantur institutioni, aut legato, pro non scriptis habentur, *L. conditiones 3. D. de cond. inst.* Hoc ideo, quia sunt impossibiles; quæ enim facto lædunt pietatem, æstimationem, verecundiam nostram, ea nec facere nos posse credendum est: ratio & sententia Papiniani est in *L. si filius, D.*
2 *de cond. inst.* Huius † generis conditio est, *si uxor a marito diverterit*. Nam si secundum naturam est matrimonium, seu viri & mulieris coniunctio individuam vitæ consuetudinem retinens: *§. nuptiæ, Inst. de pat. pot.* est contra ius naturæ, ac proinde contra bonos mores a marito sine caussa divertere, eaque lex naturæ valuit inter Nationes semper. In populo autem Dei scimus hoc Dei præceptum esse, ne id fiat. Proinde si mulier a matre sub hac conditione instituta erit, nihilominus filia heres futura est, sive omnino non diverterit a marito, sive aliquando diverterit, & deinde ad maritum redierit, ut hic cautum est.

Quid si divertendo conditioni paruerit? Resp. Erit etiam hoc casu heres, sed ita, ut sic magis reprehendenda sit, quam si conditioni non paruisset. Itaque cum filia in specie, divortio facto, consuleret Imperatores an rediens ad maritum posset obtinere hereditatem, increpatur ab Imperatoribus quod conditioni paruisset. Illa excusabat, quod diceret matrem fuisse in culpa, quæ talem conditionem induxisset, ex qua omne responsum huius rescripti sumptum est. Mater reprehendenda est, quod non debuit te sub conditione turpi & incivili instituere, sed tamen, tu magis es reprehendenda. Quid, quod mater verbis tantum iussit, tu tuo facto comprobasti; divertisti enim a marito, in quo duplex tuum peccatum est: nam etiamsi conditio superior admitteretur iure, idest, etiamsi heres matri esse non potuisses, nisi conditioni paruisses; tamen oportebat te lucro præferre concordiam maritalem, ideft, hereditatem repudiare potius, quam hanc turpitudinem in te admittere, ut a marito divertas. Sed crescit in eo peccatum, quod nulla necessitas fuit parendi conditioni. Nam hæc conditio est contra bonos mores, qua neglecta, etiam hereditatem potuisses obtinere. Redi igitur, inquiunt, ad maritum, sciens fore, ut nihilominus hereditatem matris obtineas.

In hoc rescripto verba, quæ sunt in principio, animadvertenda sunt. Aiunt Imperatores: si mater te heredem sibi esse vellet, non te a marito divertere iube-

ret. Quæritur, quomodo id dicant Impe-
ratores, cum appareat contra, matrem
voluisse filiam sibi heredem esse, & præ-
terea iussisse, ut a marito diverteret. Re-
3 spondeo, hæc verba, † *Non iuberet*, po-
tentiali modo dicta sunt, pro non debe-
ret iubere, sive non debuisset, ut sit sen-
sus: si mater te sibi heredem esse vellet,
ut voluit, non debebat iubere, ut a ma-
rito diverteres; non enim debuit tibi hanc
turpitudinem iniungere, & rationem red-
dunt Imperatores; quia hoc *inutile* est;
sic † enim vulgaris est lectio & in omni- 4
bus libris recepta. Sed sententia loci ne-
cessario flagitat, ut legamus *incivile*, hac
ratione; quia non est peccatum a matre,
ideo quia iussit, quod est iure impossibile,
idest, quod turpe est & contra bonos mo-
res, ut incivile usurpatur plerunque apud
iuris auctores, *L. si medicus, D. de ex-
traord. cognit. L. ubi, §. pen. & ult.
D. quod met. causs.*

Ad L. Generaliter. 6.

Imp. Iustinianus A. ad Senatum.

Generaliter sancimus, si quis ita verba sua composuerit, ut edicat: si filius, vel filia intestatus, vel intestata, vel sine liberis, aut sine testamento, vel sine nuptiis decesserit: & ipse vel ipsa liberos sustulerit, sive nuptias contraxerit, sive testamentum fecerit, firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni eorum, vel restitutioni. Si enim nihil ex his fuerit subsecutum: tunc valere conditionem, & res secundum verba testamenti restitui, ut incertus successionis morientis exitus videatur certo substitutionis vel restitutionis fine concludi. Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit: propter huiusmodi verborum angustias liberos eius omni pene fructu paterno defraudari? Viam itaque impiam obstruentes, ut ne quis alius deviet, huiusmodi facimus sanctionem: & hanc legem in perpetuum valituram inducimus, tam patribus quam liberis gratam: quo exemplo etiam aliis personis, licet extraneæ sint, de quibus huiusmodi aliquid scriptum fuerit, medemur.

S U M M A R I A.

1. *Conditionibus pluribus institutioni, aut legato adiectis, an omnes impleri oporteat.*
2. *Species huius legis, & Iustiniani in ea constitutio.*
3. *Ratio huius constitutionis.*
4. *Duo huius loci consectaria.*

Conditionem possibilem implendam
esse diximus initio huius tit. &
confirmatur in *L. 1. 2. sup.* Et hoc expe-
ditum est, si una conditio institutioni, aut
1 legato adiecta est. Quid † si plures sint
adscriptæ, an omnes impleri oportet? De
eo hæc est distinctio, si coniunctive ad-
scriptæ sint, omnes exsistere oportet, si
distinctive, sufficit unam aliquam exsti-
tisse, *L. 5. de cond. instit. L. penult. de
her. instit. L. si ita* 129. *de verb. obl.*
Hoc ius in pluribus conditionibus con-
iunctim adscriptis perpetuum est: in plu-
ribus autem conditionibus distinctive ad-
scriptis, non item, *L. nam hic interdum,
D. de her. Instit.* In quo genere est ex-
ceptio huius loci, ubi instituens sub con-
ditione, *si sine liberis decesserit*, & præ-
terea alias conditiones fideicommisso ad-
iicit. Nam etiamsi adiecerit has omnes
conditiones distinctim, Iustinianus consti-
tuit non esse locum institutioni, nisi o-
mnes conditiones exstiterint.

Et Iustinianus † hanc speciem proponit: 2
*Filius meus heres esto; Si intestatus de-
cesserit, cum decesserit sine liberis, vel
sine nuptiis, hereditatem restituat L. Ti-
tio.* Secundum verba locus esse debebat
fideicommisso, etiamsi solum filius intesta-
tus decessisset, quamvis suscepisset liberos,
aut

aut nuptias contraxisset: itemque de quavis alia conditione, quæ ex infra scriptis extitisset, dicendum etiam erat. Nunc autem Iustinianus constituit, non aliter fideicommissum deberi, quam si coniunctim hæc omnia concurrant, ut filius & sine testamento, & sine nuptiis, & sine liberis decedat: ita ut si eorum aliquid ex his desit, non sit locus fideicommissi restitutioni, & hæc est summa constitutionis Iustiniani.

3 De hac † parte autem Iustinianus hanc habuit rationem: quod etiamsi cæteræ omnes conditiones adscriptæ extitissent; tamen pater semper voluit, hanc conditionem coniungi, *si sine liberis decesserit*. Nam si filius liberos susceperit, voluntas patris est, ut hereditas potius ad eius liberos pertineat, de quo dicetur in §. *seq.* Quod si testator in hac conditione, *si filius sine liberis decesserit*, voluit persistendum, aut pro coniunctione eam accipi, non potest existimari aliter eam particulam accepisse in aliis conditionibus.

Ex quo † colligimus duo, si testator filium rogaverit post mortem suam, hereditatem restituere pluribus conditionibus disiunctim adscriptis, inter quas non esset illa conditio, *si sine liberis decessisset*, semper secundum regulam iuris omnes iuris conditiones pro disiunctis accipiendas esse, ut quæcunque ex his extiterit, sit locus restitutioni. Alterum colligimus, si testator extraneum instituerit heredem, & rogavit eum hereditatem alii restituere, sub iisdem conditionibus, si heres intestatus decesserit, vel sine liberis, aut nuptiis decesserit: has quoque conditiones pro distinctis habendas esse, quia cessat coniectura voluntatis in extraneo, propter quam coniunctio conditionum admittitur. 4

Ad §. ult.

Cum autem invenimus excelsi ingenii Papinianum in huiusmodi casu, in quo pater filiis suis substituit, nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu disposuisse, evanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægravatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit, intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem; humanitatis intuitu hoc & latius & pinguius interpretandum esse credidimus, [ut] & si quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit vel dederit usque ad modum quem nos statuimus, & substitutioni eos subiugaverit, nulla liberorum eorum mentione facta: & hic intelligi evanescere substitutionem, liberis eam excludentibus, & intellectu optimo his qui ad substitutionem vocantur, obsistente, & non concedente ad eos eam partem, venire, sed ad filios, vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente, & non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine iusta sobole decesserint: ut quod inter iustos liberos sancitum est, hoc & in naturales filios extendatur. Quæ omnia & in legatis & fideicommissis specialibus locum habere sancimus. Dat. XI. Kal. August. Constantinop. Lampadio & Oreste. VV. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Pater filio heredi instituto substituens, aut simpliciter iubens hereditatem post mortem restituere, semper intelligitur id sub hac fecisse conditione:* Si filius sine liberis decesserit, *ac proinde liberis susceptis, nec substitutioni, nec restitutioni locus est.*
2. *Duplex Iustiniani constitutio circa hanc materiam.*

1 CUm pater † filio heredi instituto substituit aliquem, *si heres filius non erit*, aut filium iubet hereditatem post mortem restituere, etsi verbis nullam conditionem adiicit, tamen intelligitur hæc conditio, *si filius sine liberis decesserit.* Pro-

Proinde liberis ab eo susceptis nunquam restitutioni, neque substitutioni locus erit. Hoc verum est responsum Papiniani quod exstat in *L. cum avus, de cond. & dem.* Confirmatur a Iustiniano in *L. cum acutissimi, inf. de fideicom.*

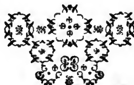
2 Hoc idem † responsum confirmans Iustinianus hoc loco duo circa id constituit: primo id produci ad filium naturalem. Constat filium naturalem a patre institui heredem posse ex his partibus, de quibus cautum est in *L. humanitatis, & Auth. licet, seq. supr. de nat. lib.* Hoc modo institutus filius naturalis si rogetur hereditatem simpliciter restituere; tamen liberis susceptis non erit fideicommisso locus, non magis, quam si filius legitimus fuisset, qui rogatus est.

Alterum Iustinianus constituit hic, liberis a filio susceptis excludi substitutum, aut fideicommissarium, si liberi legitimi sint, idest, iustis nuptiis procreati, quibus verbis filii naturales excluduntur. Cui parti significatio verborum repugnare videtur; nam & multi loci sunt, quibus declaratur nominatim in hac conditione, si heres, aut legatarius sine liberis decesserit, omnes, liberorum appellatione contineri; proinde etiam naturalibus susceptis, deficere fideicommissum, *L. Lucius, §. tamen, L. cum pater, §. volo, de leg. 2. L. heredis. §. ult. ad Treb.*

Dicendum est aliam esse interpretationem huius conditionis, *si heres sine liberis decesserit*, cum conditio a testatore adiecta est; aliam, in specie proposita. Nam cum agitur de conditione a testatore adscripta, & quæritur, quid in ea senserit testator, sequimur verbi significationem, nisi manifestum sit testatorem aliud sensisse, *L. non aliter, in princ. de L. 3.* Liberorum autem appellatione significantur non tantum legitimi, sed etiam naturales, *d. L. pen. de L. 2.* Proinde & naturales quoque ex voluntate testatoris hic intelligimus, ut consequens sit his susceptis fideicommissum defecisse: & hoc ita, nisi ex dignitate & consuetudine testatoris appareat testatorem aversatum esse omnes inhonestas consuetudines, & eos solos pro liberis habuisse, qui iusti essent, quo referri oportet sententiam Ulpiani in *L. ex facto, §. si quis rogatus, D. ad Treb.*

At in specie proposita, cum filius simpliciter rogatus est restituere hereditatem; ubi hæc conditio, *si sine liberis decesserit*, intelligitur ex mente legis & eorum, qui hanc conditionem intelligi voluerunt, non possumus intelligere filios naturales: quia in his ratio intelligendæ eius conditionis deficit. Nam cur hæc conditio intelligatur, hæc ratio fuit; quia non est verisimile testatorem voluisse alienas successiones propriis anteponere, quæ ratio expresse est in *d. L. cum acutissimi, inf. de fideicomm.*

Hæc autem ratio ad legitimos tantum filios pertinet, ad naturales non pertinet, quia soli legitimi filii perveniunt ad successionem patris & avi, naturales nullo modo perveniunt ab intestato, *d. Auth. licet, sup. de nat. lib.* Dantur quidem naturalibus liberis duæ unciæ patre intestato mortuo, sed non velut heredibus, verum ut inde alantur, ut ibidem scriptum est.



Ad L.

Ad L. Si quis heredem 7.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *præfecto prætorio.*

Si quis heredem scripserit sub tali conditione, si ille consul factus fuerit, vel prætor: *vel ita; filiam suam instituerit heredem*, si nupta fuerit: *vivo autem testatore vel ille consul processerit, vel prætor fuerit factus, vel filia eius nupta fuerit, vel adhuc vivo testatore consulatum quidem, vel præturam ille deposuerit, filia autem eius a marito diverterit: omni veterum dubitatione explosa, sancimus, quandocunque impleta fuerit conditio, sive vivo eo, sive mortis tempore, sive post mortem, conditionem videri esse completam. Quod & in legatis & fideicommissis & libertatibus obtinendum esse censemus: ne dum nimia utimur circa huiusmodi sensus subtilitate, iudicia testantium defraudentur. Dat. IX. Kal. August. Constantinop. post Consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

SUMMARIA.

1. *Conditiones in eventum collatæ, quandocunque extiterint, pro impletis habentur.*
2. *In conditionibus in potestatem heredis collatis, quid advertendum.*
3. *Conditiones potestativæ, quæ promiscue, seu quovis tempore impleri possunt, non nisi post mortem testatoris recte impleri possunt.*
4. *Conditio, quæ quovis tempore natura impleri non potest, eiusmodi est, ut recte & vivo testatore impleatur.*
5. *Ratio cur conditionum genera hic distinguantur.*
6. *Particula distinctiva*, vel, *in hac constitutione pro coniunctiva accipienda est.*

HOc loco attingitur, quod dictum ad *L. 2. sup.* Etsi in exemplis conditionum, quæ hic proponuntur, dicatur, eas & vivo testatore impleri posse & mortuo; non tamen sic accipiendum est, quasi ad omnes conditiones pertineat; nam quædam non nisi post mortem testatoris impleri possunt, *L. 2. de cond. & demonst.* Ut igitur de re liqueat, quando conditiones impleri possint, videndum est, utrum conditio in eventum collata sit, an in pote-
1 statem heredis, vel legatarii. Quæ † in eventum collatæ sunt, quandocunque extiterint, pro impletis habentur, ut nihil intersit testatorem vivum, an mortuum esse, *L. 2. in pr. de cond. & demonstr.* quod confirmatur & hac constitutione.

Non exigimus in his, ut sciat heres eas conditiones certe esse adscriptas, aut ut velit eas impletas esse; quoniam nihil in his in voluntatem heredis collatum, sed totum pendet ex eventu, proinde & solum eventum hic spectare debemus. Quod
2 si † conditio in potestatem heredis collata sit, veluti *si 10. dederit, vel si in Capitolium ascenderit, si Seia Titio nupserit:* refert utrum conditio per rerum naturam promiscue, idest, indifferenter quovis tempore impleri possit, an vero non. Quovis tempore promiscue impleri possunt naturaliter hæ, *si 10. dederit, si Capitolium ascenderit.* Nam qui vivo testatore dedit & ascendit, idem si vivit & valet, potest dare & ascendere mortuo testatore.

Huius † generis conditiones placet non 3
nisi post mortem testatoris impleri posse, & ideo non videri implevisse eum, qui vivo testatore dedit, aut ascendit, *L. 2. infr. de cond. & demonst. L. si iam facta 11. §. ult. D. de cond. & demonst.* Quod præter significationem verborum receptum est a veteribus, ex sententia testatoris, idque colligitur hac ratione. Nam cum testator contulit conditionem in potestatem heredis, simul contulit in eius voluntatem, ut vellet conditioni parere. Non obtemperat autem conditioni, qui

qui casu & fato facit, quod erat in conditione; sed is solum, qui iudicio facit, & eo animo, ut conditioni pareat, *dict. L.* 2. Non potest autem iudicio obtemperare conditioni, nisi qui scit conditionem esse testamento insertam, & insertam certo & utiliter. In totum enim, quæ animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera & certa scientia perfici possunt, *L. in totum, de reg. iur.* Et hactenus progreditur ratio *d. L.* 2. *in fin. de cond. & demonstr.* Adiiciendum autem est non intelligi hereditatem, sive conditionem certo insertam vivo adhuc testatore, quantumvis interfuerit, cum testator nuncuparet testamentum, aut cum testamentum scriptum, curaret recitandum; nam testator voluntatem mutare potest, ut ambulatoria est suprema voluntas, usque ad ultimum vitæ spiritum, *L.* 4. *de adim. leg.* Quo fit, ut tum solum intelligatur testamentum esse, & in testamento aliquid certo scriptum, cum testator decessit. Ex quibus efficitur, quod est propositum, conditiones propositas, in quibus implendis destinationem exigimus, non nisi post
4 mortem testatoris impleri posse. Quod si † conditio quovis tempore natura impleri non potest, eiusmodi est, ut recte & testatore vivo impleatur, qualis est hæc conditio: *Titia si Sempronio nupserit*, hæc quæ vis nubat vivo testatore; tamen conditio pro impleta habetur, *L. hæc conditio.* 10. *L.* 11. *§. ult. L. conditionum,* 91. *de cond. & dem.* Id quod hac constitutione item confirmatur.
5 Sed cum † hæc conditio conferatur in potestatem Seiæ, non minus, quam illa, *si* 10. *dederit*, cur hæc genera distinguimus? Respondeo; quia si conditio commode quovis tempore impleri potest secundum naturam, hæc voluntas est testatoris, ut impleat post mortem tantum eius: quia hæc voluntas eius esse intelligitur, ut heres ei conditioni omnino obtemperet, quod fieri non potest, nisi post mortem testatoris, ut dictum. At cum conditio non potest semper impleri, sed ut plurimum semel tantum: hic rursus animus testatoris esse intelligitur, ut impleatur conditio, cum potest, quoniam vult eam impleri; non potest autem impleri, nisi per opportunitatem & occasionem naturæ. Talis est conditio hæc, *si Seia nupserit*. Nam si expectamus mortem testatoris, ut nubat Seia, fieri potest, ut non nubat, vel quia Sempronius decedat, vel quia interim ducat aliam.

Atqui hæc eadem in veteri iure fuerunt; unde quæri potest, quid opus fuerit hac constitutione? Animadvertendum est non tantum hanc constitutionem pertinere ad confirmationem superioris iuris, sed præcipue ad hoc, ut hæc particula adiiciatur iuri veteri, nempe in his conditionibus, quæ vivo testatore impleri possunt, probandum esse ita eas conditiones tunc impletas vere pro impletis haberi, ut nihil referat, utrum implementum non perseveret. Proinde ex his conditionibus, *si Titius consul factus fuerit: si factus fuerit prætor: si Titio Seia nupserit:* intelliguntur exstitisse conditiones, cum ille consul factus fuerit, aut prætor vivo testatore, aut Seia vivo testatore nupserit, & adhuc testatore vivo, vel ille consulatum, aut præturam deposuerit, aut hæc impleta esse desierit. Et ideo in † illis 6
verbis, quæ leguntur in hac constitutione: *vel adhuc vivo testatore*, distinctiva particula, *vel*, pro coniunctiva accipienda est, ut alias sæpe in usu iuris, *L. sæpe, D. de verb. sign.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. penult. Si testamentum.

Imp. Iustinianus. A. Ioanni *præfecto prætorio.*

Si testamentum ita scriptum inveniatur : ille heres esto secundum conditiones infra scriptas: *siquidem nihil est adiectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationum sancimus, & testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit: vicos Reipublicæ relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præventus non fecit. Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenta posuit: tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, & sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones iisdem conditionibus copulasset, quæ infra conscriptæ sunt. Datum VII. Kalend. August. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

S U M M A R I A.

1. *Institutio hæc*, Titius heres esto secundum conditiones infra scriptas, *conditionibus nullis adscriptis, valet & pura est: conditione postea adiecta, conditionalis habetur, & num.* 3.
2. *Obiectiones, quæ contra adferri poterant, refelluntur.*

1 HÆC institutio, † *Titius heres esto, secundum conditiones infra scriptas*, etiam nullis conditionibus adscriptis valet, & qui institutus est heres, erit
2 quasi pure institutus. In † hanc tamen sententiam hæc dicuntur. Primum non valet institutio, eoque nec testamentum, ubi institutio imperfecta est, idest, ubi institutioni testator aliquid adiicere voluit, nec adiecit, *L. si is, qui testam. D. qui testam. fac. poss.* In institutione autem hic proposita, testator conditionem adiicere voluit, nec adiecit, proinde imperfecta institutio, eoque testamentum. Resp. Falsum est testatorem in hac institutione voluisse conditionem adiicere; imo quia non adiecit, ideo certe colligitur, eum adiicere noluisse. Noluit igitur. Cur ergo conditionum facit mentionem in institutione? Respondeo; quia constituerat deliberare, an postea conditionem adiiceret, nec ne; cum non adiecerit, apparet propositum prius omisisse.

Deinde obiicitur, *L. quoties, §. tantundem, D. de hered. Instit.* ubi ita scribitur, si testator conditionem adiicere destinans, non adiecerit, heredem pro non instituto haberi, quæ sententia Marcelli est, * quam nominatim postea probat Ulpianus. Respond. Nihil est verius hac sententia; si modo testator conditionem adiicere destinavit, ut illic scriptum est, sed prius constare oportet, illum hoc voluisse, ut diserte scribitur in *d. L. si is, qui test. D. qui testam. fac. pos.* Nos autem hic dicimus ex his verbis: *secundum conditiones infra scriptas*, non colligi testatorem omnimodo conditionem adiicere, quam non adiecit, voluisse. Postremo dici potest institutionem propositam ideo nullius esse momenti; quia sit sub conditione, quæ conditio defecerit. Nam hæc verba, *secundum conditiones infr. scriptas*, hoc significant, secundum conditiones, quas infra scribam. Hæc autem oratio, *quas infra scribam*, conditionem habet, *L. 6. de leg.* 1. Respondeo: non ideo recte colligitur hanc institutionem conditionalem esse. Nam hæc conditio, *si conditiones infra scribam*, non adiicitur institutioni, sed conditioni adiicitur. Hoc dicere intelligitur testator: *Titius heres mihi esto, sub conditione, sed hac lege, si conditionem infra scribam*, unde colli-

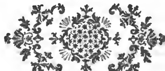
Digitized by Google

colligitur si conditionem infra non scribam, heres esto sine conditione. Nam quoties aliquid fieri iubetur sub conditione, sub contraria conditione non iuberi intelligitur, *L. quib. diebus*, §. *quidam Titio*, *de condit. & demonst.* Quæ ratio evidenter sufficiebat, ut probaretur nullis conditionibus infra adscriptis institutionem propositam puram esse, non conditionalem.

Maluit tamen Tribonianus ad hanc institutionem confirmandam uti responso & argumento Papiniani, quod subiicit, quod totidem verbis exstat in *L. cum pater*, §. *ult. de L.* 2. cum testator vicos legavit, & adiecit, *se fines vicorum postea monstraturum*. Nam etiam his finibus non demonstratis, placet vicos deberi. Sed verendum est, ne non hæc institutio posita cum legato illo recte comparetur. Nam hæc oratio, *quos fines postea demonstrabo*, nullam habet conditionem, sed tantum demonstrationem. Hæc autem verba *Secundum conditiones infra scriptas*, conditionem quam dixi, continent. Itaque tutius erit hanc institutionem superiori ratione defendere.

3 Ut autem † in hac institutione, si conditio nulla infra scripta est, valet institutio, & pura est: Ita quacunque parte testamenti postea conditio adscripta est, institutio habetur conditionalis non secus, quam si in ipsa institutione conditio expressa & adiecta esset. Ut puta testator in principio testamenti sic scribit; *Titius mihi heres esto secundum conditiones infra scriptas*; Deinde in extremo dixit; *Conditionem, de qua initio dixi, hanc esse volo, si navis ex Asia, &c.* Dicimus institutionem Titii perinde accipiendam, quasi testator initio dixisset ita coniunctim: *Titius heres esto, si navis ex Asia venerit*. Ad quod constituendum visum est opus fuisse hac constitutione; quia dici potest: institutionem hoc modo scriptam puram esse, non conditionalem, ut dixi. Nam in principio institutio conditionem non habuit, in extremo conditio adiecta est, sed nulla institutio: quo fit, ut neutra parte videatur conditionalis esse institutio.

Sed hæc recte dicuntur, cum institutio & conditio separantur, cum autem coniunguntur, necesse est institutionem conditionalem videri. Constituit autem Iustinianus hæc coniungi oportere, quasi eodem loco scripta essent, quod non constituit ea ratione, quæ redditur ab Accursio, quia quæ in continenti fiunt, ea inesse intelliguntur. Nam si testator ita scripsisset: *Titius heres esto secundum conditiones, quas codicillis adscribam:* Deinde multo post tempore conditionem adscribat, videbitur a principio fuisse conditionalis institutio testamento adscripta, *L. asse de her. inst.* Sed hæc ratio est, quod in qua parte aliquid demonstratur ex eo, quod postea eventurum est, quandocunque evenerit, iam in principio expressum fuisse, in ea parte videri. Puta testator in testamento scripsit: *Is mihi heres esto, quem codicillis scribam:* His verbis statim Titius heres institutus & demonstratus intelligitur, quandocunque etiam in codicillis postea scribat. *d. L. asse, de hered. instit.*



Ad L.

Ad L. ult.

Imp. Iustinian. A. Ioanni PP.

Cum quidam prægnantem habens coniugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, & adiecit: si non postumus natus fuerit, alium sibi heredem esse: postumus autem natus impubes decessit: dubitabatur, quid iuris sit, tam Ulpiano, quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quæstionem scribentibus, cum opinabatur Papinianus eundem testatorem voluisse postumo nato, & impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem quam substitutum; si enim suæ substantiæ partem uxori dereliquit; multo magis & luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in huiusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minime editus fuerit, vel post eius partum mater prior decesserit. Dat. III. Kalend. August. Constantinop. post Consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.

S U M M A R I A.

1. *Quoties pater filio impuberi in alterum casum substituit, simul in utrumque substituisse videtur.*

2. *Species huius legis plenius declaratur, & quid iuris in ea sit, decidiur.*

Cum pater filio impuberi substituit Titium in hunc casum, *Si filius postumus natus non erit*, idest, si filius heres non erit, quanvis filius nascatur & heres exsistat patri: si deinde intra pubertatem decedat, pure & vulgariter institutus nihilominus admittetur ex constitutio-
1 ne D. Marcelli, qua efficitur, quoties † pater filio impuberi in alterum casum substituit, simul in utrumque casum substituisse videtur, sive filius heres fuerit, sive non, & intra pubertatem decesserit, *L. iam hoc iure 4. de vulg. & pupil.* de qua constitutione dicetur suo loco tit. sequenti. Hinc
2 dubitatio orta veteribus in † specie proposita: testator, qui uxorem prægnantem habebat, uxorem heredem instituit ex parte, ventrem, id est, qui in utero est, filium, instituit in reliqua parte. Huic filio Titium in hunc casum substituit, idest, in hanc conditionem, *Si postumus natus non esset*, idest, heres omnino non esset; nam non potest heres esse, qui omnino non est in rerum natura. Deinde postumus natus est, & iure ipso patri heres exstitit, ac deinde intra pubertatem decessit. De eius hereditate quæritur inter matrem & substitutum, substituto ex substitutione hereditatem sibi vendicante: matre autem sibi vendicante legitimam filii ex Senatusconsulto Trebelliano.

Quæstio in eo est, utrum substitutus in hunc casum substitutus sit, si impubes heres erit, & intra pubertatis tempus decesserit. Nam si est substitutus, iure admittetur: quoniam pater filio in hunc casum potest substituere; sic mater excluderetur: nam quamdiu ex testamento hereditas adiri potest, tamdiu ab intestato legitimis non defertur, *L. quamdiu, de acquir. hered.* Rursum si Titius in hunc casum alterum substitutus non est, impubes decessit intestatus. intestatorum liberorum hereditas ad matrem pertinet, ubi neque est pater, neque descendens, *Instit. de Senatusconsulto Orphit.* Hic si superiorem regulam constitutionis sequimur: Titius in unum casum substitutus, etiam in utrumque casum substitutus intelligitur, eoque admittetur exclusa matre.

Sed hæc sententia non placuit: visum est Papiniano & Ulpiano, matrem potius in proposito admitti debere, si modo heres esset instituta cum filio: sed hæc dubitanter dicebant. Iustinianus hæc duo effecit; Primum, eorum dubitationem sustulit, & sententiam certam effecit. Alterum, admisit matrem excludere substitutum adversus tacitam pupillarem, sive heres instituta esset, sive non. Ut vero obstet constitutio superior, & quamobrem placuerit hunc casum excipi, dicetur suo loco ad *l. precib. in seq. tit.*

AD TITULUM XXVI.

COD. DE IMPUBERUM, ET ALIIS SUBSTITUTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Ratio ordinis & tractandi modus.*
2. *Substituere quid proprie significet, & quomodo hoc loco accipiatur. num. 3.*
4. *Fideicommissarius heres proprie substitutus non est & num. 29.*
5. *Substitutio secundi heredis institutio dicitur.*
6. *Instituti & substituti qui dicantur, & quomodo in usu iuris distinguantur.*
7. *Vocabulum*, Institutionis, *& generale & speciale est.*
8. *Gradus vocabulum quid iuris auctoribus significet, & quomodo hic usurpetur & num. 10.*
9. *Primus & secundus locus heredum quomodo accipiatur, & quis sic primus, quis secundus heres. & n. 11.*
12. *Heres primus quot modis dicatur deficere.*
13. *Substitutionum genera quot. & n. 30.*
14. *Conditiones substitutionum in usu iuris casus appellantur, & cur: & hinc quidam in primum casum, quidam in secundum dicuntur substituti. & num. 15. 16. 17.*
18. *Casus in substitutionibus duo tantum sunt.*
19. *Quis dicatur primus, quis secundus casus.*
20. *An ut natura, sic etiam iure in utrumque casum substituere liceat, ut valeat substitutio. & num. 22.*
21. *Vulgaris substitutio unde dicatur.*
23. *Substitutio impuberum, vel pupillaris unde dicta, & quæ in eadem requirantur?*
24. *Substitutio pupillaris quomodo a vulgari differat.*
25. *Tertium substitutionis genus, quæ vulgo exemplaris, a Duareno quasi pupillaris, & hic substitutio mente capti vocatur.*
26. *In pluribus personis heredem in secundum casum substituere, iure directo non licet.*
27. *Directe substitui quis dicatur.*
28. *Oblique substituere quid sit.*
31. *Directa substitutio quæ, & quotuplex.*
33. *Vulgaris substitutio quæ.*
32. *Non vulgaris quæ, & quotuplex.*
34. *Fideicommissoria substitutio quibus permissa sit.*
35. *Cætera substitutionum genera ab interpretibus addita, ut sunt substitutio compendiosa & breviloqua, improbantur.*

UT licet heredes instituere testamento; ita his & substituere, non tantum secundo gradu, sed tertio, quarto, quinto, & in infinitum, *L. 36. potest. de vulgar. & pupil. subst. tit. de vulg. Institut. in pr. L. verbis legis* 120. *de verb.*
1 *sig.* Ex quo post † institutiones heredum, recte agitur de substitutionibus heredum, in quo explicando prius de verbo dicemus, deinde de iure, quod sic constituitur.
2 Substituere † Latinis est in locum aliarum rerum deficientium, vel inutilium, aliis submittere & subrogare, ut cum dicimus fructuarium in locum demortuorum capitum alia substituere debere, & ita gregem supplere, *L. vetus* 68. *in fin. & L. seq. de usufruct.* Valet hæc ipsa significatio, cum heredes substitui posse dicimus. Est enim † substituere in locum pri- 3
mi deficientis vel heredis, vel exheredati alium heredem instituere. Recte instituere: nam & substitutio institutio est heredis, ut ubicunque heres non instituitur, ibi intelligendum sit, nec substitutionem esse. Quam ob † caussam fideicommissa- 4
rius heres proprie non est substitutus: nam proprie non est heres is, cui restituitur ex fideicommisso hereditas, *§. restituta, Inst. de fid. her.* Hinc substitutio † dicitur a iuris auctoribus secundi 5
heredis institutio, *L. ex facto*, 43. *§. Lucius*,

Lucius, de vulg. & pupill. Et cum quis heres institutus esset sub conditione, *si testatorem instituisset*, placuit videri heredem conditioni paruisse, si testatorem in quovis gradu instituisset, idest, etiamsi substituisset vel secundo, vel tertio gra-
6 du. Et † tamen in usu iuris distinguuntur instituti a substitutis, non ut genus a specie, sed ut species contrariæ.

Nam instituti dicuntur, qui instituti sunt primo gradu: substituti autem secundo gradu instituti sunt, *L. 1. de vulg. & pupil.* Et passim hic usus loquendi occurret in argumento heredum institutorum & substitutorum. Sed hæc contraria
7 non sunt. Nam † institutio dicitur & generaliter & specialiter. Generaliter instituere, est heredem scribere, aut nuncupare, quocunque gradu id facias, idest, etiamsi substituas quarto, vel quinto loco. Ut enim in subscriptione inest simplex verbum *scriptio*; sic in substitutione inest semper institutio. Sed cum hæc coniunguntur, instituti & substituti, tunc institutos proprie intelligimus eos, qui primo gradu instituti sunt. Sic usus est adoptionis in *L. 1. & 2. D. de adopt.* sic cognationis, sic agnationis in *L. non facile, §. cognationis. L. Iureconsult. §. 1. de grad. & affin.* sic actionis in *L. pecuniæ, 17. §. actionis, D. de verb. signific.*

Sed substituere est alium heredem instituere, sic non omnis institutio substitutio est, sed tunc demum, cum quis instituitur in locum alterius deficientis, qui vel sit a testatore prius institutus, vel exheredatus. Quod de exheredato dixi, ideo dixi, quod pater filio impuberi, quem in potestate habet, substituere potest heredem, non tantum instituto, sed etiam exheredato, de quo postea. Id autem an ita sit, quoniam aperte certis locis expressum non est, danda est opera, ut ex iis, quæ a veteribus hac de re scripta sunt, confirmetur. Extat autem in *d. L. 1. de vulg.* hæc definitio institutorum & substitutorum, ut instituti sint primo gradu, substituti autem, qui secundo, vel tertio, vel deinceps instituti
8 sunt. Gradum † vocant iuris auctores locum, quo heres institutus est, ut eo loco succedat. Is primo gradu institutus est, qui primo loco: is secundo gradu, qui institutus est secundo loco, & sic deinceps, ut hoc verbum explicat Ulpianus *L. 2. §. defertur, D. de bon. poss. secundum tab.*
9 Sed primum † & secundum locum heredum accipere debemus non ex ordine scripturæ, sed ex ordine successionis, ut intelligatur esse institutus secundo loco is, non qui secundo loco scriptus est, sed qui ita institutus est nominatim ut secundo loco succedat post heredem primo scriptum. Nam fieri potest, ut quisquam secundo loco scribatur; qui tamen institutus erit, ut in hoc exemplo: *primus ex semisse heres esto, secundus ex quadrante heres esto, tertius ex quadrante heres esto.* Hic secundus & tertius quanvis ordine scripturæ secundo & tertio loco scripti sunt; tamen pariter cum primo heredes instituti intelliguntur, *L. si quis heredes. 14. cum L. seq. de hered. instit.* scilicet quia non sunt ita instituti, ut succedant post primum, sed simpliciter instituti. E converso potest quis primo loco scriptus esse heres; qui tamen substitutus erit, non institutus, ut in hoc exemplo: *Titius heres esto, si secundus heres non erit.* Hic secundus quanvis postea scriptus tamen institutus est: Titius quanvis scriptus primu loco, tamen est substitutus *L. si quis ita, 28. de her. instit.* nempe ob id, quia Titius nominatim ita institutus est, ut heres esset post secundum.

Ad id † significandum appositissime iuris auctores usi sunt verbo *gradus*, ut dicerent institutum esse, qui primo gradu institutus esset; substitutum, qui esset institutus secundo gradu. Ut autem in gradibus primus quisque gradus nobis occurrit, nec ad secundum pervenitur, nisi post primum, nec ad tertium nisi post primum & secundum, sic institutus & substitutus. Hic est ordo progressionis, ut primo deferatur hereditas institutis; deinde iis deficientibus deferatur substituto, nec unquam locus sit substituto, nisi instituto excluso, *L. quamdiu institutus, 69. de acquir. her.* Ex hoc ordine successionis institutorum & substitutorum heredum hæ appellationes veteribus natæ sunt. Nam † heres institutus dicitur primus heres; 11
substitutus autem dicitur secundus heres, ut intelligatur is, qui ita institutus est, ut secundo loco succedat. 10

Occurrunt hæ voces in *L. precibus, infr. h. t. L. si postumus, vers. nam & cum, D. de liber. & post.* sicque primi & secundi heredis nomen usurpatur a Cicerone, cum alibi, tum præcipue in Topicis. Inde substitutio dicta secundi heredis institutio, ut supra dixi, *L. ex facto, §. Lucius, D. de vulgar.* Pro iis Caius in *fragmentis Institutionum Lib. 2. de substit.* substitutionem vocat secundi heredis appellationem. Quæ si recte dicta sunt a veteribus, non erravit Accursius *in princ. titul.*

titul. de vulg. cum substitutionem dixit secundam institutionem. Nam secundi heredis institutio & secunda institutio coniugata sunt. Substitutus autem est secundus heres, proinde huius heredis institutio est secunda institutio: neque eo moveri debemus, quod dicitur, heredem substitui posse non tantum secundo loco, sed etiam tertio, quarto, quinto & in infinitum, *L. 1. & L. potest; de vulg.* Nam qui quinto loco substitutus est, si conferatur cum primo, ex ordine scripturæ recte dicitur quinto loco institutus, non autem secundo: sed si conferatur cum proximo herede, idest, quarto, vel alio, cui defertur hereditas, cæteris heredibus prioribus deficientibus, non potest dici, nisi secundo loco institutus, & secundus heres; quia prior heres, cui soli defertur hereditas, incipit solus esse heres institutus, utpote cæteris omnibus exclusis. Quam rationem secuti veteres, non aliter substitutum omnes appellaverunt, quam secundum heredem.

Hic autem intelligitur heres institui, ita ut secundo loco succedat post primum, cum nominatim instituitur in primi deficientis locum, idest, cum instituitur sub conditione, si primus defecerit, si primus remotus erit. Proinde, ut propositum est, vere definivimus initio substituere heredem, esse in primi heredis deficientis locum, alium heredem, ut heredem institue-
12 re. Deficit † autem primus heres dupliciter, vel quod heres non existit, vel quod heres sit, sed postea moritur, atque ita heres natura esse desinit. Unde intel-
13 ligimus, † substitutionum totidem esse genera, ut vel substituatur quis sub conditione, *si primus heres institutus heres non erit:* vel ut substituatur sub altera sequenti conditione, *si primus heres institutus heres erit, & deinde decesserit.* Quæ conditiones notantur & comprehenduntur in substitutione impuberum, *L. 1. de vulg & pupil. subst. in pr.*

14 Hæ duæ † conditiones substitutionum in usu iuris appellantur casus, in quos quis heres substituitur. Ut is qui substituitur, *si primus heres non erit*, dicatur in pri-
15 mum casum † substitutus, ut sit sensus in primum casum substitutionum, idest, in primam conditionem; sub qua heredes
16 substituuntur. Is autem, qui † substituitur sub hac conditione, *si primus heres erit, & postea decesserit*, dicatur substitui in alterum casum, in quem heredes substitui solent. Sic vocantur passim hæ conditiones præcipue in *L. precibus infra h. t. & in L. 4. D. de vulg. & pupill.* Et † recte hæ conditiones vocantur 17
casus: nam conditio nihil aliud est, nisi eventus & casus in quem aliquid differtur, ut definitur in *§. sub conditione in Instit. de verb. oblig.* Sunt † autem hi ca- 18
sus in substitutionibus tantum duo, ut consequens sit substitutionum non plura esse genera summa,

Id docet primum natura: nam si substituere est surrogare in locum deficientis heredis; consequens est, non plures esse posse conditiones substitutionis, quam suprascriptas duas; quoniam non deficit heres institutus, nisi vel quia heres non est, vel quia cum heres esse cœperit, postea desinit. Id etiam manifesti loci iuris confirmant. Nam in *L. precibus* nominantur tantum substitutionis duo casus, primus & secundus. Sed evidentius id declaratur in *d. L. 4 de vulg.* ubi casus substitutionum nominantur unus & alter, quod verbum posterius non usurpatur, nisi de duobus. Quemadmodum autem de numero horum casuum hoc tenendum est, duos tantum esse: sic & † illud observandum 19
de ordine horum casuum: in usu iuris priorem illum; *Si primus heres non erit*; dici primum casum substitutionum; illum autem alterum; *Si primus heres erit, & postea decesserit*, dici secundum casum, sive sequentem. *d. L. precibus, infr. L. Lucius, de vulg.* idque duabus de caussis. Vel quia ille casus: *Si primus heres non erit*, primo receptus est iure, alter autem longe post cœpit recipi, non iure scripto, sed moribus, *L. 2. de vulg.*

Vel quod est verius; quia cum hi duo casus coniunguntur in substitutione impuberum, idest, cum quis substituitur impuberi; *si impubes non erit, sive heres erit, & intra pubertatem decesserit:* ordo id exigit, ut prius quæratur, an sit heres, nec ne; quoniam si heres non erit, inepte quæritur, an postea desinat. Quod si heres erit, tunc quærendum est, an postea decedat, atque ita heres esse desinat. Ex quibus, ut dixi, apparet, & quid sit substituere heredes, & quibus conditionibus substituantur; & ex iisdem conditionibus quæ sunt genera substitutionum natura. Hæc de nomine substitutionis dicta sunt, deque re huic verbo subiecta. Nunc de iure substitutionis videndum est.

Est autem † de iure substitutionum hæc 20
quæstio: an quemadmodum natura licet substituere in utrumque superiorem casum ita etiam liceat iure, ut substitutio valeat? Et placuit non licere, de quo ita ius est. In priorem casum, si primus heres non erit, licet prioribus institutis; alios, quos

velint,

Digitized by Google

velint, & quot velint, heredes instituere, *L. potest, D. de vulg. & pupil. Inst. de vulg. in pr.* Hic casus a iuris auctoribus vulgaris dicitur, & qui substituitur in hunc casum, dicitur substitui vulgari nomine,
21 *L. 4. 5. D. de vulg.* Unde † & substitutio ipsa vulgaris dicitur, *§. sin autem, Inst. de pupill. & tot. tit. in D.* Appellatio hinc nata, non quod vulgaris substitutio sit directa, ut quidam hoc loco imperitissime scripserunt; nam & pupillaris directa est, *L. post aditam, infr. h. t.* ubi dicetur, quæ tamen nihil minus est, quam vulgaris; sed nata est ex eo, quod substitutio in hunc casum, *Si primus heres non erit*, omnibus iure permittitur, ut sit in usu omnium vulgari, quomodo vulgares actiones, & vulgaria actionum nomina dicuntur usitata, *L. 1. & 2. de præscrip. verbis*. Quo nomine ita appellatur hoc genus substitutionis, ut distinguatur a pupillari & similibus, quæ fiunt in secundum, quæ non omnibus permissæ sunt, sed paucis & certis personis, ut postea pa-
22 tebit. Ergo † in secundum casum; *Si primus heres erit, & postea decesserit*; iure civili, idest, leg. 12. tabularum, nulli licet heredem substituere, ac ne patri quidem, ut filio impuberi alium heredem substituat in secundum casum, *Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit*. Quod ex eo intelligimus, quod hoc genus substitutionis postea introductum est moribus. *L. 2. D. de vulg. & pupill. Inst. in pr. h. t.*

Hoc ius sumptum est ex L. 12. tabularum, quæ ita facit potestatem heredis instituendi & substituendi si quis instituat suis bonis, non alienis, his verbis: *uti quisque rei suæ legassit*, &c. *L. verbis Leg. de verb. sig. L. testandi, sup. de testam.* Hinc sic recte collectum est a veteribus: licet heredem substituere suis bonis, alienis non licet. At cum quis substituitur a testatore in hunc casum: *Si primus heres institutus non erit*, substitutus instituitur in bonis testatoris, cum autem substituitur in hunc casum, *Si heres institutus heres exstiterit, ac postea decesserit*, substituitur in bonis heredis, non testatoris, *tit. de pupill. in pr.* vers. *quo casu*. Proinde in priorem casum substituere licet, in alterum sequentem iure non licet. Sed hoc ius postea in quibusdam personis remissum est.

Ac primum moribus populi Romani obtinuit, idest, usu & consuetudine, ut parentes filiis suis impuberibus, quos in potestate habent, substituere heredem possint, in hunc casum: *si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, d. L. 2. in pr. D. de vulg. & Inst. h. t.* in princ. Hæc † substitutio ex re dicta est 23
substitutio impuberis, quia esset impuberum propria, ut quibus satis posset parens in secundum hunc casum substituere, *§. sin autem, in fin. Instit. de pupill. subst. L. sed si plures, §. ad subst. D. de vulgar.* Unde inscriptio huius tituli, *de impuberum & aliis substitutionibus*, ut sic de pupillari substitutione & aliis generibus substitutionum admoneremur. Hæc eadem magis proprio vocabulo appellatur substitutio pupillaris, *d. L. 2. & L. seq. de vulgar. & pupill.* Ita dicta, quia pupillus est is impubes, qui sui iuris esse cœpit, vel morte patris, vel emancipatione, *L. pupillus, de verbor. sign.* In hoc autem solum tempus confertur substitutio pupillaris, cum impubes sui iuris erit post mortem patris. Substituitur enim in hunc casum: *si heres erit*. Non potest heres patri esse, nisi defuncto: ac proinde nisi tunc, cum sui iuris erit factus, morte patris.

Observandum est † autem, cum in hac 24
substitutione tria hæc exigantur; ut sit parens, qui substituit; ut sit impubes is, cui substituitur; & præterea, ut sit in potestate patris, satis confirmari his, quæ supra diximus, hanc substitutionem non esse vulgarem, utpote quæ extraneo nulli permittatur, & quæ parenti ne quidem permittatur, ut substituat liberis emancipatis, aut substituat post pubertatem. Quæ omnia contra cum permittantur in substitutione, quæ fit in priorem casum non exsistentium heredum; apparet merito vulgarem substitutionem eam dici, quæ ita in vulgus & in omnes passim recepta sit. Hæc substitutio pupillaris, de qua dicimus, primo sola recepta est; unde non plura genera substitutionum apud veteres fuerunt cognita, quam hæc duo, vulgaris & pupillaris substitutio. Unde titulus de vulgari & pupillari, & duo illi separati in *Instit.* unus *de vulgari*, alter *de pupillari substitutione*, confirmantur in fragmentis Caii *lib. 2. Inst. t. de substit.*

Postea † autem constitutione receptum 25
est, ut liceret parenti, etiam post pubertatem, in secundum superiorem casum heredem substituere filio furioso, seu mentecapto, si in ea alienatione mentis decessisset, de quo exstat Iustiniani constitutio in *L. humanitatis inf.* Cuius summa exponitur *in §. qua ratione, Inst. de pup. subst.* Hanc vulgo exemplarem vocant, quia *in d. §. qua ratione*. Iustinianus scribit, hanc se introduxisse ad exemplum pupillaris substitutionis. Sed

Sed hoc verbum nobis repudiandum
eſt. Primo, quia eſt contra conſuetudinem
iuris auctorum, ac non tantum barbarum:
deinde, qualecunque hoc verbum ſit, et-
iamſi Latinus eſſet, tamen eſt ad id, de
quo, quæritur, explicandum inutile. Cum
enim exemplarem ſubſtitutionem dico, du-
bium relinquo, & cui ſubſtitutio fiat, &
a quo, & in quem caſum, ut nihil hic plus
explicem, quam ſi nihil dixero. Verba
autem rebus conſequentia eſſe oportet, ut
bene monet Iuſtinianus in *§. teſt. & aliud,
Inſtit. de donat.* Duarenus quaſi pupillarem
vocat *lib. 2. diſp. cap. 2.* Sed ne hoc qui-
dem ſatis rem explicat. Commode igitur
ſubſtitutionem, quæ fit impuberi, eiuſque
propria eſt, appellamus ſubſtitutionem im-
puberis. Sic eam, quæ fit mentecapto &
furioſo, dicimus eadem ratione ſubſtitutio-
nem mentecapti, vel furioſi, idque ad
rem, quam volumus, intelligendam ac-
commodatiſſimum.

26 In pluribus perſonis † ſubſtituere here-
dem in ſecundum caſum nulli licet, ſi de
iure directo, & communi quæritur, de quo
nunc agitur, cum tractatur de heredum
Inſtitutionibus & ſubſtitutionibus. Dixi *iu-
re directo*; quia oblique & per fideicom-
miſſum etiam in hunc ſecundum caſum,
quibuslibet heredibus a nobis inſtitutis, li-
27 cet alios ſubſtituere. Directe dicitur † he-
res ſubſtitui, cum teſtator ſubſtituit his
verbis, aut aliis idem ſignificantibus: *Si
primus heres non erit, ſecundus heres
eſto.* Quibus verbis heredem ſubſtitutum
heredem eſſe intereſt, ita ut hereditatem
a teſtatore recta capiat, *§. inprimis. Inſt.
28 de fid. her.* Oblique † autem idem facit
teſtator, cum heredem a ſe inſtitutum ro-
gat, ut hereditatem ſecundo reſtituat, vel
vivus, vel poſt mortem ſuam. Hoc genus
fideicommiſſariæ reſtitutionis iure commu-
ni receptum eſt, de quo in *Inſtit. de fi-
deicom. her. & ad Senatusconſult. Treb.
D. & C.* Hæc reſtitutio, ut apparet, fit
in ſecundum caſum: iubetur enim heres
reſtituere, non niſi prius eam habuerit;
unde etiam invitus eam adire cogitur, *§.
ſed quia heredem. Inſt. de fid. her.* Is
29 autem, † cui reſtituitur hereditas, proprie
non eſt ſubſtitutus, quia non eſt heres
lege civili, *§. reſtituta. Inſt. de fid. her.*
Et ideo cum proprie Inſtitutionem & ſub-
ſtitutionem heredum nominamus, inter
ſubſtitutiones non numeratur fideicommiſ-
ſaria ſubſtitutio. Unde factum eſt, ut in
hoc argumento inſtitutionum, & ſubſtitu-
tionum non agatur de Senatusconſulto
Trebelliano; ſed omnibus partibus expo-
nantur ea, quæ pertinent ad directas he-
redum Inſtitutiones & legata teſtamento
relicta.

Sed etſi is, cui reſtituitur hereditas ex
fideicommiſſaria hereditate, non eſt heres;
tamen heredis loco habetur ex Senatuſ-
conſulto Trebelliano, quia effectu actio-
nes hereditariæ omnes ei dantur, & ad-
verſus eum tranſeunt, non ſecus, quam
ſi vere heres eſſet teſtatori, *§. ſed quia
hered. Inſt. de fideicom. hered. L. 1. in
pr. ad Senatuſc. Trebell.* Hac ratione
fit, ut non male is, cui reſtituitur ita he-
reditas, dicatur ſubſtitutus heres, & id
fideicommiſſum teſtatoris recte dicatur
ſubſtitutio, quomodo Papinianus *vocat in
L. 41. coheredi, §. cum filiæ, de vulg.
& pupil.* his verbis: *Nec aliud ſervan-
dum eſt, cum ſubſtitutionis conditio pu-
pillarem ætatem verbis precariis egre-
ditur.* Verba precaria cum nominat, de-
clarat ſe intelligere hereditatem fideicom-
miſſariam; quam tamen ſubſtitutionem vo-
cat.

Dixi non licere in hunc caſum ſecun-
dum aliis ſubſtituere, quam ſupraſcriptis
perſonis iure directo & communi; quia
aliud militibus licet ex privilegio militum,
L. precib. infr. h. t. Nunc autem de iure
communi inſtituendorum & ſubſtituendo-
rum heredum agimus. Ex his nullo ne-
gotio intelligi poteſt, quæ genera ſint re-
ceptarum iure ſubſtitutionum, de quo tam
multæ ſint Interpretum diſſenſiones. Igi-
tur ſubſtitutionem † ſi proprie intelligimus 30
inſtitutionem ſecundi heredis, qui vere
heres ſit, ſolæ ſubſtitutiones ſunt, quæ
ſunt directæ, qua in ſignificatione de ſub-
ſtitutionibus agitur *h. L. & tit. de vul-
gar. & pupil. in D. item in Inſt.* Sin
autem ſubſtitutionem dicamus generaliter,
ut contineatur ea non tantum ſubſtitutio
veri heredis, ſed etiam eius, qui heredis
loco habetur, ſubſtitutionum duo ſunt ge-
nera ſumma; aut enim directa eſt, aut
obliqua, quæ eadem eſt, quæ fideicom-
miſſaria.

Directa nominatur in *L. poſt aditam,
infr. hoc t.* Fideicommiſſaria eodem ver-
bo ſatis ſignificatur, nominatur autem a
Papiniano ſæpius, ut in *L. 41. coher. §.
cum filiæ, de vulg. L. heredes maſc. §. 1.
& §. ult. D. ad Treb.* Directa † ſubſti- 31
tutio eſt, cum quis ita ſubſtituit heredem,
ut iubeat heredem eſſe, vel ita ut velit
eum recta hereditatem ex teſtamento ſuo
capere, non ab alio herede prius inſtitu-
to. Fideicommiſſaria quæ ſit, ſupra dixi-
mus. Directa ſubſtitutio duplex eſt, vul-
garis, & non vulgaris. Vulgaris † eſt, qua 32
quis ſubſtituitur in priorem caſum; *Si*

pri-

Digitized by Google

primus heres institutus, heres non erit. Dicta, quod vulgo permissa sit, eoque in
33 usu etiam vulgari. Non vulgaris † est, qua persona substituitur in sequentem casum; *Si primus heres erit, ac postea decesserit*; in quem casum quia non omnibus conceditur alios heredes substituere, ideo non vulgaris dicta est. Ut sunt hæ personæ, quibus in hunc casum substitui potest, ita huius substitutionis genera distinguuntur. Quia igitur solis parentibus concessum est in hunc casum substituere duobus generibus liberorum, nempe impuberibus & mentecaptis, hinc totidem species huius substitutionis, sive superioris casus extiterunt.

Sunt igitur duæ substitutiones huius generis. Una impuberis, quæ & pupillaris dicitur: altera furiosi, sive mentecapti. De vulgari dicetur in *L. post aditam, inf. h. t.* De pupillari in *L. si testamento, eod.* De furiosi, *in L. humanitatis, eod.* Et hæc genera sunt solum cognita iure communi. In militibus licet in eundem secundum casum quibuslibet heredibus institutis alios substituere, *L. precib. infr. h. t.* Sed hoc ex privilegio militum, de
34 quo nunc non agimus. Fideicommissaria † substitutio omnibus testatoribus & quibuslibet heredibus institutis, iure communi permissa est: ut scilicet qui heres institutus est, rogetur hereditatem alii restituere, vel vivus, vel post mortem suam, prout testatori visum erit, ut supra dixi. Cum neque in plures casus substituere liceat, quam in superiores, quos initio posuimus, & in sequentem secundum casum non admittatur substitutio in pluribus personis, quam quas supra comprehendimus, & ea forma, de qua supra: convincitur non plura genera esse substitutionum, quam supra posuimus, quæ quidem agnoscantur iure.

35 Imperite autem † fecerunt Interpretes, quod alia quædam addiderunt, ex quibus potuit intelligi, quid hic quæreretur, ab illis perceptum non fuisse, multo minus, quid ius constitueret. Faciunt illi quandam substitutionem, quam vocant compendiosam, ex *L. precibus, infr. hoc tit.* cum scilicet miles filio impuberi heredi instituto alium substituit, in hunc casum; *Si filius intra vigesimum annum decesserit*; comprehendens compendio orationis duo tempora, pupillaris ætatis, & ætatis puberis. Sed hæc non sunt ulla nova genera substitutionis: nam si filius impubes decedit, non continentur hac substitutione aliæ, quam illæ, de quibus diximus, vulgaris & pupillaris, post pubertatem autem continetur substitutio nova in secundum casum, etiamsi filius heres extiterit. Sed hoc ex privilegio militum est, non ex iure communi, in quo merum novum substitutionis genus non efficitur. Forma conceptionis, qua usus est miles, & qua paucis verbis hæc genera substitutionum complectitur, diversa est a formulis singularum substitutionum, sed hæc diversitas in verbis & non in rebus est: nam species substitutionis semper eædem sunt.

Faciunt præterea & illi quandam substitutionem, quam appellant breviloquam, quam possumus reciprocam appellare, cum videlicet testator vel pluribus filiis impuberibus institutis, brevi sermone eos invicem substituit. Hoc, inquam, genus substitutionis diversum a cæteris faciunt; quia in *L. 4. §. 1. de vulg. & pupill.* Modestinus hoc genus substitutionis tertium posuit, in quo ab illis etiam in iure manifesto valde erratur. Nam in ea ipsa constitutione, quam citant, nominatim dicitur, in huiusmodi substitutione reciproca nihil amplius contineri, quam substitutionem in utrumque casum, idest, in vulgarem & pupillarem; ut sit sensus, his verbis contineri non novas species substitutionis, sed illas duas priores, de quibus Modestinus dixerat, interdum unam duntaxat, interdum duas. Fefellit eos, quod Modestinus appellat hanc substitutionem tertium genus, dum non intelligunt tertium genus illud dici, non ex re & specie substitutionis, sed ex conceptione & formula substitutionis. Nam vulgaris substitutio sic exprimitur: *Filius meus impubes heres esto, si heres non erit, secundus filius heres esto.* Pupillaris autem sic exprimitur: *Si filius meus primus impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, secundus heres esto.* Ab iis differens conceptio & formula substitutionis hæc est, cum utroque filio herede instituto, testator ita breviter dicit: *Eosque invicem substituo.* Sed conceptio ita fieri debet, ut tamen *substituendi* verbo perinde sit, quasi testator expressisset utrumque casum substitutionis vulgaris & pupillaris. Non sunt igitur, ut dixi, genera plura substitutionis cognita, quam quæ supra posuimus, quæ dum nobis occurrent, nos admonebunt non in alios casus, non aliis personis heredem substitui posse, quam iis, de quibus initio dixi.

Ad L. Cum heredes. 1.

Imp. M. Ælius Antoninus A. Secundo.

Cum heredes ex disparibus partibus instituti, & invicem substituti sunt, nec in substitutione facta est ullarum partium mentio; verum est, non alias partes testatorem substitutioni tacite inservisse, quam quae manifeste in institutione expressa sunt. Datum Claro II. & Severo Coss.

S U M M A R I A.

1. *Plures heredes instituti nullis partibus adscriptis, ex aequis partibus instituti intelliguntur quod item in substitutis locum habet.*

2. *Instituti ex partibus inaequalibus & postea substituti nulla partium mentione facta, in eas partes, quae in institutione expressae sunt, instituti intelliguntur, & num. seq.*

1 Cum plures heredes † instituuntur nullis partibus adscriptis, intelliguntur ex aequis partibus instituti esse. *L.* 9. §. 3. *de hered. inst.* §. *si plures, Inst. eod.* Consentaneum videri poterit, ut si plures heredes in locum deficientis prioris substituti sint sine partibus, videantur similiter aequaliter esse substituti, quod & verum est, si hi substituti sint, qui prius instituti non fuerunt: nam substitutio nihil aliud est, nisi institutio secundorum heredum. Sed si iidem prius instituti sint, qui & postea invicem sunt substituti; hoc
2 ius placuit, ut si instituti † sint ex inaequalibus partibus, deinde substituti nulla mentione partium facta, tunc quae partes in institutione expressae sunt, eaedem & in substitutione repetitae intelligantur, quod hic constitutum est, §. 1. *Inst. de vulg. L. si in testamento. de vulg.* Exemplum constitutionis in *L. si plures. D. eod.* exstat.

Coniectura voluntatis ducta est ex iis, quae praecesserunt in institutione, ex quibus etiam amor testatoris in heredes colligitur: nam quibus maiorem honorem habuit in institutione, eos etiam magis dilexit, ut apparet; quos autem pluris fecit in institutione, verisimile est eosdem plus dilexisse in substitutione, neque subito amorem istum mutasse. Sed hoc ius tunc † locum habet, eum duo concur- 3
runt in substitutione, videlicet, cum & heredes sub nominibus appellativis substituti sunt, ut fit his verbis; *Eosque heredes invicem substituo*; & praeterea eos, qui substituuntur, non oneravit testator, ut quid praestarent ei heredi, qui deficit, aut heredibus eius. Quod si testator inter heredes ex inaequalibus partibus institutos uni alterum substituat, vel substituat omnes invicem, sed nominibus singulorum propriis appellatis, placuit videri ex aequis partibus substitutos, *L. nonnunquam, D. ad Trebell.* Hoc nominum propriorum appellatio efficit, ut personae exaequentur; quomodo in his in capita res divisa, *arg. L. si heredes.* 124. *de legat.* 1. Sed etiamsi testator sub nominibus appellativis heredum eos substituerit, caeterum iusserit singulis tantundem dare, quantum cui substituti sunt: placuit hoc quoque casu ex onere substitutis adscripto etiam quantitatem eiusmodi confici debere, ut qui in onere pares sunt, in commodo hereditatis percipiendo pares fiant, *L. quoties ad Trebell.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Hereditatem quidem. 2.

Impp. Severus & Anton. AA. Frontiniæ.

Hereditatem quidem defuncti intestati filii delatam tibi dubitari non oportet. Substitutio enim testamento patris facta ad pubertatis tempora porrigi non potest: quia ipso & aliis non eiusdem conditionis heredibus institutis, & invicem substitutis, propter eorum personam, quibus in unum casum duntaxat substitui potest, etiam in filio idem debere servari, & ratio suadet, & divus Marcus pater constituit. PP. VI. Kal. Aug. Chilone & Libone Coss.

S U M M A R I A.

1. *Substitutus impuberi a patre verbis in casum alterum, scilicet, vulgarem; & in pupillarem quoque coniectura voluntatis substitutus intelligitur, & vicissim & n. 2.*
3. *Error illorum notatur qui in expresso pupillari casum negant contineri vulgarem.*
4. *Contraria diluuntur.*
5. *Exceptio superioris definitionis quae sit & qualis in utroque substitutionis casu.*
6. *Lectio huius legis emendata.*

PEndet hic locus, quemadmodum & *L. 4. infr. h. t* ex eo iure, quod refertur in *L. 4. D. eod.* de quo hic dicendum est, non tantum, ut exceptio horum locorum intelligatur, quæ alioqui intelligi non potest; sed etiam, quia his exceptionibus ius superiorum in contrariis casibus evidenter confirmetur. Ius autem refertur ad hanc quæstionem, ut quæratur, quæ sit vis & effectus vulgaris & pupillaris substitutionis? Prius quærendum est, an quis sit testamento in vulgarem casum substitutus, aut in pupillarem, de quo frustra quæreretur, si utraque substitutio existimaretur tantum verbis testatoris; nunc autem placet eas etiam sine verbis intelligi ex sententia testatoris: de quo ita est † constitutum, ut eum pater filio impuberi substituit in alterum casum verbis expressum; & in alterum non expressum substitutus intelligatur, *L. iam hoc iure, de vulg.* Idque ita est, sive pater substituerit tantum in vulgarem casum, sive in pupillarem tantum. Itaque sententia hæc prior debet esse rata de vulgari substitutione, si pater filio impuberi substituerit in hunc casum, *si filius impubes heres non erit*, vi ipsa etiam in hunc casum substituisse, *si heres erit, & intra pubertatem decesserit.* 1

Sententia in specie confirmatur in *L. 2. §. ult. vers. sed etsi ita scripserit, D. de vulg.* Item *L. ult. infr. de Instit. & subst.* ubi postumo substitutus quis est in hunc casum, *Si postumus natus non esset*, idest, si heres non esset; & tamen placet, si postumus natus erit, & heres fiet, sed intra pubertatem decesserit, substitutum admitti, si vivo impubere adhuc mater decessit. Altera sententia de pupillis est hæc: si pater filio impuberi substituerit in hunc casum, *Si filius heres erit, & intra pubertatem decesserit*, qui casus secundus dicitur & pupillaris, etiam in vulgarem casum substituisse intelligitur, si impubes heres non erit: ut sic in utrumque eventum substitutus admittatur ex substitutione. Hæc sententia diserte expressa est in *d. L. 4. §. 1.* in illis verbis: *Cum autem impubes.*

Hinc ergo fit, ut quæramus, quomodo admittatur ea substitutio, quæ verbis expressa non est? Respondeo, † ex voluntatis coniectura admitti sine verbis. Nam eum voluntas testatoris intelligitur, hæc, etiamsi verbis expressa non sit, servanda est. Tota enim testatoris voluntas fieri debet, *L. ex pacto, §. verum de hered. L. 12. in fin. de L. 1.* Voluntas autem hæc testatoris facile inde colligitur, si filio impuberi substituat in vulgarem casum, *Si filius heres non erit.* Nam ex hac substitutione pater vult substitutum sibi heredem esse, *tit. de pupill. subst. Instit.* 2

Hoc casu consentaneum est, eum testatorem, qui voluit substitutum sibi heredem esse tum, cum filius heres non esset; etiam voluisse eundem heredem esse sibi, cum filius heres exstitisset, & intra pubertatem decessisset. Id autem tunc contingit, cum pater eundem substituit filio impuberi in hunc casum, *Si filius heres erit, & intra pubertatem decesserit*. Nam ex hoc casu, si substitutus admittitur ad successionem impuberis una opera, & fit heres impuberi primo & principaliter, deinde vulgariter & pupillariter, vers. *hoc casu*, & sic etiam patri testanti, ut diserte scriptum est in *L. 1. in fin. D. de vulg.* Idque ex regula iuris; heres heredis impuberis, heres quoque est testatoris, cui impubes heres exstitit, *L. ult. inf. de her. Inst. L. 7. si quis filiusfam. §. ult. de de acquir. her.*

Hæc coniectura voluntatis confirmatur etiam hac ratione; quia verisimile est, testatorem voluisse etiam in secundum casum consulere filio impuberi, ut ei heredem daret: & consentaneum est quem pater heredem sibi esse voluit, eundem non indignum iudicasse, quem heredem impuberis faceret. Quæ coniectura si admittitur in vulgari substitutione expressa, multo magis in pupillari substitutione expressa admittenda est, ut propter eam etiam vulgaris intelligatur. Nam ex pupillari substitutione, ut dixi, substitutus fit heres & impuberi & patri. Si pater voluit ex ea substitutione substitutum, utrique heredem esse, multo magis voluit heredem sibi soli esse, quod evenit in hunc casum, *Si impubes heres non erit*, qui est casus
3 vulgaris substitutionis. Quo † magis reprehendendi videntur quidam, qui in re aperta litem movent, & cum admiserunt vulgari substitutione expressa contineri etiam pupillarem; negant tamen idem ius esse vice versa, ut pupillari expressa contineatur vulgaris, quod contra omnino dici oportebat, ut ratio evidens ostendit, prælertim cum *in princ. d. L. 4. §. 1. vers cum autem*, tam aperte refellantur.
4 Huic constitutioni † quædam obstant, quæ discutienda sunt. Ac primum diei potest, nihil in testamento valere, quod scriptum non sit, ac proinde frustra intelligi substitutionem, quæ non sit expressa, *L. quoties, 9. de her. Instit.* Respondeo: Non est necesse, quidvis nominatim in testamento scribi, ut ex testamento valeat; satis est, si aut scribatur aliud, ex quo id, quod volumus confici potest, *L. heredes, §. 1. in fin. qui test. fac. pos. L. si servus plurium, §. ult. de leg. 1.* Secundo loco dici potest, si testator in unum casum substituit, ideo in alterum casum substitutionem factam accipi non debere, quod non solum scriptum desit, sed etiam voluntas testatoris. Iam cui quid sub conditione datur, sub contraria conditione vel adimi, vel non dari intelligitur, *L. aliquando, L. quibus diebus, §. 2. de cond. & demonst.* Proinde qui substitutus est sub conditione, *si filius heres non erit*, dicendum est potius eum sub contraria conditione substitutum non esse, *si filius heres erit, & impubes decesserit*. Respondeo: Hæc in re dubia vere dicuntur, sed ubi intelligimus, testatorem etiam sub contraria conditione, idem sensisse, voluntas eius servanda est. Id autem contingit, cum testator in unum casum filio impuberi heredem substituit, sic enim substituit, ut velit eum sibi heredem esse. Volet autem heredem sibi esse non tantum, si filius heres non erit; sed etiam multo magis, si filius heres erit, ut sic pater & simul sibi heredem faciat & prospiciat etiam filio.

Postremo sive testator de casu non expresso sensit, sive non sensit; tamen obstant hi loci, in quibus declaratur, cum testator sibi in unum casum cavit, alterum casum omissum videri, *L. 10. commodissime, de liber. & post.* ubi si testator instituerit heredem eum, qui se mortuo nascetur; traditur, si quis eo vivo nascetur, eum institutum non videri, tametsi caussæ dici nihil possit, cur testator filium utroque tempore sibi natum non pariter velit heredem esse. In eandem sententiam scriptum est in *L. 22. si cum dotem, in princ. solut. matrim.* si quis in dote danda stipulatus sit sibi dotem reddi matrimonio morte soluto, eum actionem non habiturum, si matrimonium solutum sit divortio. Respondeo: multum interest, utrum id, de quo sensit testator, pendeat ex eius voluntate, an vero positum sit in iuris voluntate, ut scribat, aut exprimat testamento. Si res in eius voluntate posita est, sufficit testatorem de ea sensisse, si modo ex alio scripto id colligatur, cuius generis est substitutio, quæ fit impuberi. Pater enim impuberi substituere potest, si vult, si non vult non habet necesse.

At cum exigitur a testatore, ut quid scribat, aut caveat testamento, id nisi scripserit, non valebit, quantumvis de eo senserit, quoniam legi non satisfecit. Quidquid autem contra legem fit, pro infecto est, *L. non dubium, supr. de legib.* cuiusmodi est institutio liberorum postumorum. Non enim liberum est patri liberos insti-

Google

instituere, si instituere iubetur, aut exheredare, *L. inter, de lib. & post. tit. Inst. de exhered. lib. in pr.* cui consequens est, ut qui postumus in unum tempus institutus nominatim non est, is pro instituto haberi non debeat, quod ad id tempus attinet. Exemplum *L. Si cum dotem*, huc non pertinet. Nam stipulatio & pactio est quidem posita in voluntate contrahentium, non in ulla iuris necessitate, *L. sicut, infr. de oblig. & act.* sed pendet ex duorum consensu, non autem solius stipulatoris, seu creditoris. Proinde non est mirum, si is, qui in unum casum sibi, aut nominatim in alterum casum stipulatus est, actionem non habeat, quia etsi ipse de altero fortasse idem sensit; non tamen idem sensit promissor & debitor, cuius hæc mens est, ne plus debeat, quam aperte cautum est; voluntas testatoris ex uno testamento pendet.

5 Hæc constitutio superior hanc † exceptionem habet, nisi voluntas refragetur, *L. 4. in fin. D. h. t.* Nam cum superior constitutio sumpta sit ex coniectura voluntatis, ea adversus voluntatem testatoris servari non debet. Interdum autem aperte voluntas refragatur; quo minus, qui in unum casum substitutus est, in alterum casum intelligatur substitutus. Id contingit, cum testator in singulos casus separatim singulos dat substitutos, hoc modo: *Si filius heres non erit, primus heres esto: Si heres erit, & impubes decesserit, secundus heres esto*, L. cum ex filio, §. 1. *D. eod.* Ubi autem nihil a testatore aperte in utramque partem expressum est, perpetua est hæc sententia: quoties pater filio impuberi substituit in secundum casum, idest; *Si filius heres erit, & impubes decesserit*, toties etiam in vulgarem casum heredem substitutum videri. At non idem perpetuum est, ut cum quis in vulgarem casum substitutus est, etiam intelligatur substitutus in secundum casum; *Si filius impubes decesserit, cum heres exstitisset.* Refragatur enim interdum voluntas, quæ colligitur nonnunquam ex verbis testatoris, interdum ex persona heredum legitimorum impuberis. Intelligitur contraria voluntas ex verbis testatoris, quoties testator, cum persona impuberis alios vel puberes, vel extraneos coniungit, & iis communiter substituit, una oratione & conditione; *Si hi heredes non erunt.* Exemplum est *L. 15. infr. h. t.* Est autem huiusmodi: *Filius meus Firmianus, & uxor mea heredes sunto, si filius & uxor mea heredes mihi non erunt, Firmianus in totum mihi heres esto.* Placet hoc casu, si filius heres exstiterit patri, Firmianum ex substitutione pupillari heredem non futurum, quantumvis filius impubes decesserit. Hæc ratio redditur; quia conditio communiter relata est ad filium & uxorem, ut proinde in utriusque persona idem exprimere debeat. At in persona uxoris exprimere non potest secundum casum; quia extraneæ personæ in secundum casum substituere non possumus, proinde nec in persona filii hic casus intelligitur, sed is solum, in quem utrique personæ testator substituere potuit, idest, vulgaris. Idem probandum est, si testator cum impubere alios heredes coniunxit, & communi verbo seu communi oratione eos invicem substituit, quæ species est huius *L. 2.* Ut puta testator ita scripsit: *Filius meus impubes ex semisse mihi heres esto, primus, secundus, tertius, &c. ex altero semisse heredes sunto, quos omnes invicem substituo.*

Placet, si filius impubes patri heres non erit, reliquos coheredes ex substitutione heredes futuros tanquam substitutos in vulgarem casum, quemadmodum & pupillus iis coheredibus in secundum casum substitutus est. Cæterum si filius heres exstiterit patri; deinde impubes decesserit, substitutionem nullam esse, ex qua coheredes in hunc casum admittantur, in quam sententiam est *L. in testamenta, sup. de testam. milit. L. 4. §. 1. D. eod. de vulg.* Ratio hic addita est; videlicet, constitutum hoc esse, quod propter coheredum personam, quibus in unum casum tantum substitui potuit, nempe in vulgarem; quasi incongruum sit, sibi heredes invicem substitui alios, scilicet, in quorum persona duplex substitutio locum habet, idest, duæ substitutiones, vulgarem & pupillaris alios autem in quorum persona locum habet sola vulgaris, ut scriptum est in *d. L. 4. §. 1. D. h. t.* Sed cur hoc ita videtur absurdum, cum verbum, *substituo*, utramque speciem substitutionis admittat? Ratio rationis reddi hæc videtur in *d. L. 4. §. 1.* Quod hi verbo communi substituti sunt: *Eosque invicem substituo:* Hic enim verbum commune significat, non quod commune est utrique substitutioni; vulgari & pupillari; alioqui hac ratione efficeretur potius utramque substitutionem hoc casu contineri; sed dicitur commune, quod communiter ad omnes heredes institutos & pariter refertur, idque semel & sæpius. Quod argumentum est, testatorem semel hoc verbo prolato rem unam in omnium heredum persona significasse, non plura.

Est

Digitized by Google

Est autem in verbis huius legis secundæ & lectio & rationes observandæ. Species hæc fuit, quam supra dixi; sed hoc accesserat, quod filius heres exstiterat patri, ac deinde pubes factus decesserat. Eius mortui hereditatem sibi vindicabant coheredes ex substitutione suprascripta. Mater impuberis dicebat, & contendebat filium intestatum decessisse, eoque hereditatem filii ad se pertinere ex Senatusconsulto Tertilliano *Institut. de Senatusconsulto Tertyll.* Consultus a matre Alexander respondit, dubitari non de re in proposito, quia nulla sit substitutio, atque ita hereditas intestati filii ad matrem pertineat, idque duabus rationibus, quæ subiiciuntur. Prior est, quod substitutio testamento patris facta ad tempora pubertatis porrigi non potest, idest, post 14. annum fieri non potest, *L. 7. verbis. L. 15. centurio, D. de vulg.* Hic autem proponitur filius pubes decessisse. Altera ratio est; quia etiamsi filius impubes decessisset; tamen cum filio & aliis heredibus diversa conditione substitutis, hi omnes invicem substituuntur. Verbo *substitutionis* non intelligitur, nisi substitutio vulgaris, ob eam caussam, quam supra dixi.

Ex quo † intelligimus, lectionem huius 6
loci mendosam esse, & pro *quia*, legendum, *quin*, hoc modo: *Substitutio enim testamento patris facta ad tempora pubertatis porrigi non potest, quin & ipsi & aliis*, & quæ sequuntur. Nam non ideo substitutio ad pubertatem porrigi non potest, quia heredes invicem substituti sunt; ideo vero non potest, quod in secundum casum tantum moribus recepta est substitutio pupillaris, singulari ratione, quæ in puberibus locum non habet. Ex persona autem heredum legitimorum intelligitur testator vulgari casu expresso, non substituisse in secundum casum, quoties mater impuberis est superstes, de qua exceptione dicetur ad *L. precibus, infr.* 7

Ad L. Heres instituta. 3.

Imp. Alexander A. Achillæ.

Heres instituta matris testamento, si successionem ex testamento omisisti, & ab intestato bonorum possessionis ius habere voluisti: substituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde si substitutus hereditatem amplexus est, actionibus, quæ tibi adversus matrem competebant, ipsum convenire, non successionem ab intestato vindicare potes. PP. XI. Kalend. Septembr. Maximo II. & Æliano Coss.

Vide *ad L. post aditam.*

Ad L. Quamvis placuerit. 4.

Imp. Alexander A Firmiano.

Quamvis placuerit substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita, Si heres non erit, *porrigi ad eum casum, quo posteaquam heres extitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur: cum tamen proponas ita substitutionem factam esse*, Si mihi Firmianus Filius & Ælia uxor mea (quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres esto: *manifestum est, in eum casum factam institutionem, quo utrique heredum substitui potuit. PP. IV. Kalend. Jul. Fusco II. & Dextro Coss.*

Dixi *ad L. 2. supr.*

Ad L. Post aditam 5.

Impp. Dioclet. & Max. AA. Hadrianæ.

Post aditam hereditatem directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ expirare solent. PP. X. Kal. Iun. ipsis IV. & III. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Legis huius summa*
2. *Substitutiones non impuberibus filiis factæ quæ sint.*
3. *Vulgares substitutiones post aditam hereditatem expirant, & an etiam ante.*
4. *An idem verum sit in hereditate adita a servo herede instituto, qui iussu domini adiit hereditatem.*
5. *Quid iuris in filiofamilias olim, & hodie.*
6. *Substitutio quo pacto finiatur: & an perpetuum sit, ut una cum conditione substitutionis evanescat.*
7. *Quid si heres institutus hereditatem adierit, aut suus heres exstiterit patri, ac deinde hereditas ei a fisco auferatur tanquam indigno.*
8. *Institutus quamdiu admitti potest, tamdiu substituto locus non sit.*
9. *Hereditas quibus modis amittatur.*
10. *Quid in servo herede instituto, cui substitutus datus sit.*
11. *Quid in filiofam. herede instituto, cui substitutus datus sit.*
12. *Filiusfam. utrum repudiante patre admittatur, an vero locus fiat substituto ex voluntate patris.*
13. *Voluntas testatoris si est manifesta, servanda est.*
14. *Heres institutus si repudiat hereditatem ex testamento, sufficit, ut sit substituto locus.*
15. *Ex testamento quamdiu heres aliquis esse potest, tamdiu hereditas legitimis non defertur.*
16. *Heres an aliquis possit esse desinere iure, & quot modis contingat.*
17. *Institutus aliquis, qui ius adeundi ad heredes transmittit, excludit substitutum, non ex iure dumtaxat, sed & ex certo testatoris iudicio.*
18. *Ex substitutione vulgari ad cuius hereditatem quis admittatur.*

1 SEntentia † est; post aditam ab herede instituto hereditatem vulgaris substitutio expirat, atque hoc modo substitutus excluditur. Ait rescriptum, *directæ substitutiones*. Directæ, additum est propter substitutiones fideicommissarias, quæ adita ab herede instituto hereditate non modo non expirant, sed maxime confirmantur. Nam institutus heres rogatus hereditatem alteri restituere, non potest restituere, nisi prius hereditatem habeat, quam restituat; neque habere potest, nisi hereditatem adeundo: usque adeo, ut si volens adire nolit, cogi possit ex Senatusconsulto, *L. nam quod, D. ad Treb. §. sed quia, Inst. de fid. her.* Directæ institutiones & fideicommissariæ quæ sint, initio huius tituli dictum. Notandum est autem, ex his verbis confirmari, restitutionem fideicommissariam etiam substitutionem dici. Nam illud *directæ*, differentiæ caussa aditum est, ut intelligamus quasdam esse substitutiones non directas, alioquin sufficiebat ita dicere, *Substitutiones non impuberibus filiis factæ evanescunt*.

Ait: *Non impuberibus filiis facta*, idest, non pupillares: quoniam pupillaris substitutio itidem, ut fideicommissaria, tunc solum locum habet, cum pupillus heres matri exstitit. Hæc enim conceptio est huius substitutionis; *Si filius impubes heres erit & intra pubertatem decesserit*, Tit. *Inst. de pupill. substit.*

2 Non † impuberibus filiis factas sic accipere debemus, quæ non sunt factæ impuberibus ut impuberibus: nam & filio impuberi pater in vulgarem casum substituere potest, quæ substitutio non minus evanescit impubere filio herede existente. Sed eiusmodi substitutio vulgaris fit impuberi non ut impuberi, sed ut cuivis extraneo; illa solum fit impuberibus ut impuberibus, quæ fit in secundum;

si im-

si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit; hæc demum non exstat impubere herede exsistente. Hic rursum notandum est, substitutionem pupillarem, sive impuberibus factam, directam dici, alioqui stulte ex numero directarum exciperetur, & directam esse, plus quam manifestum est ex non dubiis locis, ut *L. centurio. L. verbis de vulg. & pup. subst.*

Hoc loco nonnulla desiderari videntur.

In summa autem tota hac descriptione ni-
3 hil aliud exprimitur, nisi † vulgares substitutiones post aditam hereditatem exspirare. Nam quo tempore hoc rescriptum relatum est, duo tantum genera fuerunt substitutionum directarum, ut initio *h. tit.* dictum, vulgaris, & pupillaris. Nam furiosi substitutio nondum recepta erat; proinde qui ex directis substitutionibus pupillarem excipit, is vulgarem solam relinquere intelligitur, de qua dicat. *At post aditam hereditatem* hoc sic accipiendum est: non prius & ante aditam a substituto herede, quo tempore maxime confirmatur substitutio; sed post aditam ab instituto herede hereditatem, quod ius ex conditione & forma substitutionis facile intelligitur. Nam vulgaris substitutionis conditio hæc est: *Si primus heres institutus, heres non erit*; hac conditione deficiente, necesse est expirare substitutionem: quod conditione deficiente nihil debetur, neque ex institutionibus, neque ex legato, neque ex contractibus, *L. cedere diem de verb. sig* At heres institutus fit heres hereditatem adeundo, *§ ult Inst. de hered. qual.* Ita hoc modo deficit conditio substitutionis, qua deficiente, nulla substitutio. Hac ratione intellecta dicemus vulgarem substitutionem exspirare, non tantum adita hereditate ab herede instituto, sed generaliter quocunque modo heres institutus heres extitit, puta si erit iuris heres, & ipso iure extiterit heres patri. Et ideo si pater filium impuberem heredem instituerit, eique substituerit Titium; *Si filius heres non esset*; mortuo patre filius impubes heres exsistet patri ipso iure, idest, sine ulla aditione, *§. sui, Instit. de hered. quæ ab L. in suis, D. de suis & legitim. L. quidam, de verb. obl.* Et simul dicemus statim evanescere substitutionem pupillarem. Ac proinde, quanvis impubes filius postea decedat intra pubertatatem; tamen substituto ex substitutione vulgari locum non futurum. Sed quia pupillus heres extiterit, atque ita defecerit conditio substitutionis, poterit quidem substitutus admitti ex tacita pupillari, *L. iam hoc iure, D. eod.* Secundum ea, quæ dixi *ad L. 2 sup.* Cæterum ex vulgari substitutione non admittetur.

Dicet quis; quid refert, ex quo casu, aut qua substitutione admittatur substitutus, dummodo admittatur? Respondeo: multum interest. Nam in vulgari expressa non semper pupillaris intelligitur, ut declaratur exemplis, *L. 4. & L. 2. hic.* Id autem eum fit, in totum substitutus excluderur: non enim admittetur ex substitutione pupillari, quod nulla est, neque ex vulgari, quæ evanuit conditione substitutionis deficiente. Neque vero probandum videtur, quod Bartolus scribit *ad L. 1. D. eod.* disserens de substitutione vulgari, nempe cum pater filio, quem in potestate habet, substituerit in vulgarem casum, *Si heres non erit*, filium ex hac conditione necessitate ultima heredem fieri. Nam hæc verba: *Si filius meus heres non erit*, non significant, si heres esse nolit; quoniam fieri potest, ut velit esse heres, & tamen non possit; ut puta, si patre vivo moriatur: aut si postumus institutus non nascatur. Idque etiam probatur verbis *L. Iulianus, D. de acquir. her.* ubi proponitur pater impuberi filio, quem in potestate habebat, substituisse heredem; & tamen dicitur pupillus in ea specie se abstinuisse, quod verbum cadit tantum in eos, qui heredes sui exstiterunt, *L. nunquam, de acquir. her.*

Ait rescriptum generaliter, *post aditam hereditatem*, quo loco quæsitum est, an idem accipiendum sit etiam † de heredi- 4
tate adita a servo herede instituto, qui iussu domini adierit hereditatem. Hic inquam, quæritur, an si huic servo substitutus aliquis sit heres, hereditate ab eo adita iussu domini substitutio evanescat? Dubitatio nascitur ex contrariis in speciem locis. Nam verum est, ab hoc servo hereditatem aditam esse, ac proinde secundum verba huius rescripti evanuit substitutio. Rursum servo ita hereditatem adeunte, non existimatur defecisse conditio substitutionis, sed potius extitisse. Ac proinde locus esse debuit substituto. Nam conditio hæc erat; *Si servus heres non esset*, servus autem in proposito heres non fit, sed dominus, cui statim hereditas acquiritur per servum, *L. placet, de acq. her. §. item nobis, Inst. per quas pers.* Ergo placuit etiam hoc casu substitutionem exspirare; unde definitio veterum in substitutione vulgari, his verbis, *Si primus*

mus heres non erit, hoc significat, si hereditatem alii non acquisierit, aut mutata conditione sibi; vel contra, si sibi hereditatem non acquisierit; vel mutata conditione, alii, *L. si paterf. D. de her. inst. §. ult. Inst. de vulg.* Sed placet hoc in persona servi ita accipiendum esse: si testator non ignorabat eum, quem instituebat, servum esse. Quod si ignoravit, placuit hoc casu hereditatem dividi inter dominum servi instituti, & substitutum servo, propter incertitudinem voluntatis testatoris, qui locus a nobis tractatus est *ad L. cum proponas. sup. de her. inst.*

5 Hoc idem olim † in filiofamilias servabatur, si is heres institutus esset ab extraneo, eique substitutus datus, ac deinde filius iussu patris hereditatem adiisset: nam & hic itidem, ut servus, hereditatem statim acquirebat patri, *§. 1. Inst. per quas pers. d. L. placet, de acq. her.* Hodie & constitutio hæc in filiofamilias sublata est; quoniam filiusfamilias heres institutus consensu patris adiens hereditatem, non minus acquirit sibi hereditatem, quod ad proprietatem attinet, quam quivis paterfamilias *L. ult. §. 1. L. infr. de bon. quæ lib.* Proinde in huius persona dubitandum non est, quin hereditate ab eo adita non minus evanescat substitutio vulgaris, quam si substitutus cuivis alteri substitutus esset, & hereditas ab intestato adita esset.

Ait rescriptum: *Exspirare solent*, qui-
6 bus verbis hic exprimitur vulgaris † substitutionis, adita hereditate, finis, utpote conditione substitutionis evanescente, ita ut substitutus excludatur substitutione. Quod tamen non est perpetuum. Nam si institutus, hereditate adita, defectu ætatis, quia minor est restitutus in integrum, ut sibi hereditatem repudiare liceat; retro versus substituto locus erit, *L. 7. ait prætor, §. 7. sed quod Pap. de minor.* Neque refragantur huius rescripti verba, quod enim dicitur, *substitutionem exspirare post aditam hereditatem* hanc sententiam habet: quandiu adita erit hereditas, seu quandiu pro adita habebitur. Incipit autem pro non adita haberi, cum minor restituitur. Idem dicendum est, si filius suus heres se abstineat hereditate patris. Idem enim consequitur abstinentia, quod cæteri minores restituti in integrum, nempe ut heredes non sint, *L. nunquam, de acq. her.*

7 Hic quæsitum est, † an idem probandum sit, si heres institutus hereditatem adierit, aut suus heres exstiterit heres patri, ac deinde hereditas a fisco ei auferatur tanquam indigno, puta quod non vindicaverit mortem testatoris occisi. Et placet hic non idem probandum esse, sed statim excludi admisso fisco, *L. si sequens, de Senatusconsulto Syllan.* Et merito. Nam is, cui aufertur hereditas tanquam indigno, etiam hereditate ablata nihilominus heres est. Ideo enim ei aufertur, quia prius heres exstiterat, & qui semel heres exstitit, propterea heres esse non desinit, *L. 43. ex facto, §. ult. D. de vulg. L. 7. §. 2. in fin. de minor.* Ut substitutus in vulgarem casum, *Si primus heres non erit*; excluditur conditione substitutionis, *Si primus heres exsistat*; sic admittitur ex substitutione, *Si primus heres non erit*, ut puta conditione substitutionis exsistente. Sed hæc conditio sic accipienda est, non si primo quoque tempore heres non erit, sed si certum erit, eum heredem esse non posse. Nam quandiu † insti- 8
tutus admitti potest, tamdiu substituto locus non fit, *L. quandiu, D. de acquir. her.* Amittitur autem † hereditas, & cer- 9
tum est, aliquem heredem amplius fieri non posse duobus modis, vel quod noluit esse heres, vel quod iure non potest, *L. cum proponas. supr. de her. instit.* Non vult esse heres extraneus qui repudiat; suus, qui hereditate se abstineat; atque utroque modis amittit altero ex his hereditatem, *L. 2. & L. 4. infr. de repud. hered.* Ac proinde substituto locus fit, *d. L. cum proponas, supr. de hered. instit.*

Hic quæsitum est, † an idem proban- 10
dum sit in servo herede instituto, cui substitutus datus sit, si forte servus iussu domini hereditatem non adierit? Movet dubitationem; quod videtur satis esse, si dominus heres esse velit, cum ipso servo hereditatem adeunte heres fiat, non autem servus, *ut supr. dictum*. Et placuit hoc quoque casu substituto locum fieri, quod verum servo repudiante, quod facere potest etiam invito domino: neque enim heres exstitit quod noluit, neque dominum heredem fecit, quod non potuit hereditatem alii acquirere, quam ipse non habuit, & nunquam acquisivit, quod comprehensum est *d. L. cum proponas, sup. de hered. Inst.* Hinc † oritur quæstio de 11
filiofamilias herede instituto, cui substitutus datus sit, utrum idem dicendum sit, si ipse quanvis iubente patre hereditatem repudiaverit? Movet quæstionem *L. ult. §. 1. infr. de bon. quæ lib.* ubi Iustinianus constituit, filiofamilias herede instituto ab extraneo, si is hereditatem repudiet, patrem hereditatem adire posse, non aliter,

aliter, quam si ipse heres esset institutus.

12 Quæritur igitur, † utrum filiusfamilias repudiante patre admittatur ex hac constitutione, an vero locus fiat substituto ex voluntate testatoris? Quod verum sit, filiumfamilias repudiantem, heredem factum non esse, atque ita extitisse conditionem substitutionis, quod mihi verius videtur.

Non debemus moveri Iustiniani constitutione: hæc enim in voluntate obscura testatoris locum habet, idest, tunc, cum filiofamilias nullus substitutus datus est. Nam ei substituto dato, manifestum est testatorem velle substituto locum esse, cum filius heres non exstiterit. Est autem
13 certum, cum † voluntas testatoris manifesta est, hanc servandam esse, idque ut fiat, publice expedire, *L. 1. supr. de sacr. Ecclesiis*, *L. vel negare*, *D. quemad. test. aper.* *L. verbis leg. de verb. sign.* *§. disponat*, *Novell. de nupt.* Nihil ad rem pertinet, quod Iustinianus indistincte locutus est: nam hæc sententia tenenda est; quoties testator aperte in aliquem casum providit, heredem nimirum in eum casum instituendo, toties cessare contrariam provisionem legis, *L. cum ex filio*, *§. filio*, *L. ex facto*, *de vulg.* Multo minus movere nos oportet argumentum Bartoli, quo ille utitur ad *L. 1. D. eod.* cum ait: ideo in proposito patrem admitti, quod iis verbis, *Si institutus heres non erit*, significetur etiam is, qui alium heredem fecerit. Hoc enim verum est. Sed in proposito filiusfamilias repudiando hereditatem, patrem heredem facere non potest, etiamsi concederemus, patrem hereditatem adire posse. Multum autem interest, utrum dicatur, filiumfamilias occasionem dedisse acquirendæ hereditati, an vero caussam acquirendi præstitisse. Is, qui rem amittit, facit, ut alius eam rem possit recipere, sed ei tradere dici non potest, quia prius non habuerit, non magis, quam heredes instituti repudiando dici possunt proximos cognatos facere heredes ab Intestato. Item non magis, quam is, qui rem pro derelicto habet, dici potest eum dominum rei fecisse, qui postea rem occupavit. Postremo non magis, quam Livius Salinator dici potest tradidisse Tarentum Q. Fab. Max. quod Salinator Tarentum amiserat, quod postea Fabius recepit, de quo apud Ciceron. *in Caton. Maior.*

Quod si ita est In filiosfamilias repudiante, recte generaliter definimus: quoties heres institutus, cui substitutus datus erat, repudiavit hereditatem, toties substituto locum esse, sive sit sui iuris heres, qui institutus est, sive alieno iuri subiectus, & sive servus erit, sive filiusfam.

Hoc loco notandum est, sufficere † heredem institutum repudiare hereditatem ex testamento, ut sit substituto locus. 14 Itaque si is heres institutus sit, qui etiam testatori ab intestato succedere poterat, si ei substitutus datus sit in hunc casum, *Si heres non esset*, & repudiaverit hereditatem ex testamento eo animo, ut ab intestato hereditatem possideret; nihilominus in totum excludetur, & substituto locus erit, ut cautum est in *L. 3. sup.* Obstat *L. nec is 17. §. 1. de acq. her.* ubi dicitur, si is institutus sit heres, qui ab intestato heres esse poterat, eum hereditatem repudiando ex testamento, non ideo tamen legitimam hereditatem amittere. Sed hoc *ex d. L. 3. supr.* sic accipiendum est, si is solus sit institutus; aliter, si ei substitutus datus sit. Sed rursum refragari videntur verba conditionis, *Si institutus heres non erit*. Nam hæc verba generalia sunt, & hoc continent, *Si heres non erit*, quovis modo, vel ex testamento vel ab intestato. Nam totidem modis heredes esse alicui possumus. Verbo autem generali omnes species contineri intelligendum est, *L. si servitus*, *de serv. urb. præd.* Respond. Secundum verba hoc recte dicitur, id enim verba significant, sed refragatur voluntas testatoris, cuius coniectura ex prioribus verbis ducitur iuxta regulam traditam in *L. si servus plurium*, *§. ult. de L. 1.* Nam cum testator heredem instituit his verbis; *Lucius Titius mihi heres esto*; manifeste hoc dicere intelligitur, *heres esto ex hoc meo testamento*, non autem ab intestato: alioqui testator secum pugnaret, qui testatus decedere voluit, non intestatus. Cum ergo eadem verba repetit, & ita scribit; *Si is mihi heres non erit*; plane eadem significatione repetere intelligitur & hoc dicere, *Si heres non erit*, ut supra voluit, idest, ex testamento, secundum quam sententiam repudiata ex testamento hereditate substituto locus fit. Et hæc coniectura voluntatis adiuvatur regula iuris, qua efficitur, quamdiu † ex testamento heres aliquis esse potest, tamdiu hereditatem legitimis non deferri, 15 *L. in plurium*, *70. de acq. hered.*

Hæc de repudiatione & voluntate heredis in hereditate admittenda; sed aliquis † etiam heres esse posse definit iure, 16 quod contingit & herede vivo & mortuo. Vivo contingit, cum heres institutus est sub conditione, & conditio deficit; quo casu

Digitized by Google

casu certum est & iure & voluntate testatoris locum fieri substituto, *L. 2. sup. de Instit. & subst.* Mortuo herede hoc idem certum esse incipere, cum mortuus est non adita hereditate. Nam neque heres effectus est, cum hereditatem non adierit, neque mortuus adire potest, ut heres fiat. Sed nec in persona heredum suorum heres effici potest, prohibente regula iuris, quæ efficit hereditatem non aditam, ad heredem non transmitti, *L. un. §. in novissimo. infr. de cad. toll.* exceptis quibusdam personis & caussis, in quibus etiam hereditas non adita transmittitur. Personarum huiusmodi sunt duo genera. Primum est liberorum, qui a parentibus instituti etiam ignorantes, hereditatem ad suos heredes transmittunt. *L. unic. de iis, qui ant. ap. tab. infr.* Alterum est omnium heredum, etiam extraneorum, qui intra annum a morte testatoris decedunt, dum de hereditate deliberant, *L. cum in antiquiorib. infr. de iur. deliber.* Caussæ, in quibus idem accidit, sunt hæ, quales describuntur in *L. 84. de acq. hered.* de quibus alio loco dicetur commodius.

Hæ personæ & caussæ quæstionem hic
17 introduxerunt, si forte is † sit institutus, qui decedens hereditatem transmittat ad suos heredes ex suprascriptis locis, & is substitutum habeat, utrum eo mortuo non adita hereditate, hereditas pertineat ad eius heredes secundum ius scriptum, an vero ex iudicio testatoris substituto locus fiat? Movet dubitationem, quod hic, qui ita decessit, omnino heres non est, neque esse potest, si persona eius tantum spectetur, secundum ea, quæ modo dixi, atque ita conditio substitutionis extitit, ut proinde substitutioni locus fiat. Sed verius est, quæ & sententia vulgo recepta est, iis casibus hereditatem secundum ius commune ad heredes transmitti excluso substituto, idque efficitur non tantum iure, sed certo iudicio testatoris; quia conditio substitutionis hoc casu defecerit. Nam his verbis; *Si substitutus heres non erit*; iure putatur heres ad excludendum substitutum, si vel ipse heres erit, vel alium heredem fecerit, *L. 40. D. de her. Inst.* Qui autem ius adeundi, quod habet, transmittit ad heredes suos legitimos, is legitimos in eo heredes facere intelligitur. Nam is hereditatem intelligitur transmisisse, qui transmittit ius adeundæ hereditatis: nam ex hoc iure hereditatis acquisitio nascitur. Præterea secundum verba conditio substitutionis defecit, cum heredes heredis instituti iure hereditario heredes extiterunt: iis enim heredibus factis etiam is, qui decessit, in persona eorum quodammodo heres factus intelligitur; quoniam eadem persona esse intelligitur heredis & defuncti.

Secundo iudicium defuncti in hanc sententiam concurrit: nam cum aliquem heredem instituit, qui aperte hoc animo est, ut quamdiu velit hereditatem habere, aut a se non repudiet, tamdiu eam habeat, & sibi & suis heredibus. Hæc autem voluntas est in herede instituto, per quem non stat, quo minus hereditatem adeat, nisi aut ignorantia, aut iuris aliqua necessitate impediatur, ut initio diximus. Quemadmodum quod dicitur *post aditam hereditatem substitutiones vulgares exspirare*, sic accipiendum est, quamdiu hereditas pro adita erit: diversum est, si heres, qui hereditatem adiit, aliquo beneficio consecutus sit, ut hereditatem repudiaret, vel sese abstineret. Sic e contrario in hac posteriore parte ita statuendum est: quod dicitur substituto locum fieri, si institutus hereditatem repudiarit, aut aliter hereditatem amiserit, tamdiu verum esse, quamdiu iure aliquo postea consecutus non sit, ut hereditatem adiret, quam repudiavit; aut se abstinuit, deinde restituatur, ut sibi adire liceret: substitutus excludetur, cui prius repudiatione locus esse cœperat, *L. 7. de minorib.* Idem dicendum, si heres institutus, aut substitutus datus erit, rogatus vero idem hereditatem restituere Titio. Nam si primo non adeunte, vel se abstinente, hereditas defertur substituto, si postea cogente fideicommissario ille hereditatem adierit, ut cogi potest, *L. 4. ad Trebell.* ius commutatur; & deficiente substitutionis conditione admittitur fideicommissarius exclusio substituto, de qua specie diserte scriptum est in *L. non iustam, infr ad Trebell. & L. 63. facta. §. Iulianus, D. eod.*

Ex his intelligimus, ex substitutione vulgari quis & quando ad hereditatem admittatur, & quando non admittatur. Quæritur, ad † cuius hereditatem admittatur? 18
Et certum est ex hac substitutione succedi defuncto, *Inst. de pupill. in pr.* vers. *quo casu*. Idque ex eo perspicuum est, quod omnis heres institutus primo loco instituitur testatori heres, porro substitutus in prioris heredis locum substituitur. Huc accedit, quod necesse est, substitutum ex hac substitutione aut hereditatem heredis prioris obtinere, aut testatoris; hereditatem heredis obtinere non potest, cum is heres heredem defuncti non habeat,

beat, utpote repudiatione, aut lege exclusus. Restat igitur, ut hereditatem testatoris habeat, tanquam testatoris hereditatem, non heredis: nam in bona, quæ olim heredis instituti fuerant, nemo heres instituitur, neque potest, prohibente lege duodecim tabularum, *L. verbis legis, de verb. sig.*

Ad L. Testamento. 6.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Quintiano.

Testamento iure facto, multis institutis heredibus, & invicem substitutis: adeuntibus suam portionem etiam invitis, coheredum repudiantium accrescit portio. Sine die & consule.

S U M M A R I A.

1. *Portiones deficientium cur non acquirantur legitimis heredibus, sed coheredibus.*
2. *Heredes, qui suas portiones agnoverunt, cur non possint eas repudiare, ut sic in totum ex hereditate nihil habeant, sed solida hereditas referatur ad heredes legitimos ab intestato.*
3. *Quid iuris in substitutis coheredibus, an & iis invitis deficientium portiones accrescant.*

CUM ex pluribus heredibus institutis, aut etiam legitimis, quidam portiones suas agnoverunt, quidam defecerunt, vel quod amiserint hereditatem, vel quod morte, aut conditione impediti sint, quo minus heredes fierent, deficientium portiones reliquis coheredibus, qui suam portionem agnoverunt, acquiruntur, non tantum volentibus, sed etiam invitis, ut *hic & : . qui ex duobus, § ult. de acq. her. l. si ex pluribus de suis & legitim L. unica, §. his ita, infr. de cad. toll. L. 3. §. ult. & seqq. de bon. poss. L. 1. supr. quando non petent. part.* Sed cur defi- 1 cientium portiones non † acquiruntur legitimis heredibus, tanquam testamento hactenus destituto? Resp. Quia hoc modo eveniret, ut testator in iis heredibus qui portiones suas agnoverunt, testatus decederet, in deficientibus autem portionibus intestatus, quod ius non patitur, *L. ius nostrum, de reg. iur.* Unde placuit, neminem eiusdem hereditatis partem habere posse, & partem repudiare: sed aut totam habere debebit, aut nihil *L. 1. 3. de acq. her.* Sed secundum hoc, 2 cur non licet † iis heredibus, qui suas portiones agnoverunt, eas suas repudiare, ut sic in totum ex hereditate nihil habeant, sed solida hereditas referatur ad heredes legitimos ab intestato? Resp. Ideo fit, quia qui suas portiones acquisiverunt, eas postea repudiare non possunt: quoniam non possunt efficere, ut qui exstiterunt semel heredes, iidem heredes esse desinant, *§ extraneis, Inst. de hered. qual. & differ. L. 4 infr. de repud. her. L. ait prætor, §. sed quod Papin. de minorib.* Hoc tamen sic accipiendum est, si coheredes deficientes extranei fuerunt: nam necessario herede, puta filio defuncti, qui in potestate morientis fuit, si postea abstineat: eius portio deficiens non continuo accrescit coheredibus reliquis, quamvis portiones suas iam ante adierint; sed fit, ut si suas partes repudiare velint, liceat & deficientem necessarii heredis portionem repudiare, *L. cum heredem, de acquir. hered.* Hoc ideo, quia iam ante portio deficiens quæsita erat necessario heredi, utpote qui patri heres exstitisset ipso iure, *§. sui, Instit. de hered. qual. & differ. §. sui Instit. de hered. quæ ab intestato,* Sic fit, ut cum postea se abstineat, magis eius portio referri intelligatur coheredibus, quam bona testatoris. Non est autem æquum, coheredem cogi invitum alia bona admittere, quam testatoris; tamen ne hoc casu testator pro parte testatus decedat, & pro parte intestatus, hæc necessitas imponitur coheredibus, ut si deficientem portionem admittere nolint, etiam suam cedere debeant, ut sic in totum defunctus fiat intestatus.

Hoc

3 Hoc iure † constituto quæsitum est, an idem admittere debeamus, si coheredes, qui portiones suas agnoverunt, nominatim substituti sint a testatore coheredibus deficientibus, sive quod sibi soli substituti sint, sive quod omnes heredes sint invicem substituti, de quo præcipue hic. Et placuit eodem modo deficientium portiones substitutis coheredibus etiam invitis accrescere, idem traditur *in L. 25. si quis heres institutus, de acq. her.* Movet dubitationem, quod eadem conditio debere esse videtur substitutionis, quæ est institutionis, quia substitutio institutio est, *L. ex facto, §. Lucius, de vulgar. & pupillar.* Cui autem ex testamento defertur hereditas, huic potestas est vel adeundi, vel repudiandi, *§. ult. Inst. de hered. qualit. & differ.* Unde colligitur, idem quoque ius esse ex substitutione debere. Deinde si substitutis coheredibus etiam portiones deficientes, quanvis invitis, accrescant, substitutio nullum effectum habebit: nam & sine substitutione idem iuris futurum erat. Porro sic verba testatoris recipienda sunt, ut aliquid egisse intelligantur, *L. si quando de leg. 1.* Sed nihilominus etiam hoc ius in substitutis coheredibus recte placuit, & vero necesse fuit admitti; quia alioqui hic eadem incommoda metuemus, quæ prius. Evenit enim, ut testator pro parte testatus decedat, pro parte intestatus: item ut coheredes, qui portiones agnoverunt, partem eiusdem hereditatis haberent, partim repudiarent. Nihil ad rem pertinet, quod isto modo substitutio testatoris nullum effectum habeat. Hoc enim non est absurdum, quoties contra leges aliquid cavetur a testatore: quinimo ita ius est, ut privati testatoris cautione legibus derogari non possit, *L. quod bonis, §. 1. D. ad leg. Falc.*

Ad L.

Ad L. Si testamento. 7.

Impp. Dioclet. & Max. AA. & CC. Feliciano.

Si testamento [iure] facto intra pupillarem ætatem & in sua potestate constitutæ filiæ, si intra pubertatem decesserit, directis verbis pater substituit: heredem te factum ex testamento post eventum conditionis, intestati successionem exclusisse constat. S. Kal. Ianuar. Sirmii, AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Substitutio pupillaris quæ sit.*
2. *Quibus rebus fiat, ut valeat ad fin. usque.*
3. *Puberibus liberis cur non liceat pupillariter substituere, cum & illi liberi sint.*
4. *Parens cur non possit impuberi emancipato substituere.*
5. *Substitutio pupillaris ut fiat, quo tempore impubes in potestate parentis esse debeat.*
6. *Particula* quoque *aliud tempus, quam mortis, includit.*
7. *Error quorundam interpretum notatur.*
8. *In omni institutione duo tempora sunt spectanda, ut iis valeat testamentum.*
9. *Impubes, cui pater substituit pupillariter, cur talis esse debeat, ut morte patris sui iuris fieri possit.*
10. *Parens si pupillariter substituat, & pupillarem ætatem excedat, an substitutio post pupillarem ætatem valeat.*
11. *Liberorum nomine an in pupillari substitutione fœminæ quoque contineantur. An item postumi. An item nepotes, & abnepotes. An etiam instituti & exheredati.*
12. *Substitutio pupillaris ut valeat, tria in testamento paterno requiruntur.*
13. *I. Ut pater sibi testamentum faciat.*
14. *Substitutio pupillaris utrum converso ordine scripturæ valeat.*
15. *II. Ut prius heredem sibi scribat, deinde substituat filio.*
16. *III. Ut testamentum patris valeat.*
17. *Substitutio pupillaris quibus casibus valeat, etiam rescisso patris testamento.*
18. *Substitutio cur ita dicatur.*
19. *Substitutus quis dicatur.*
20. *Substitutionis variæ appellationes synonymicæ.*

HOC rescripto valde commode comprehensa sunt breviter ea, quæ in substitutione pupillari cognoscenda sunt, sed obscurius, quia brevius; ideo ut plane intelligatur, paulo explicatius tradenda sunt. Quæ hic cognoscenda sunt, tria sunt numero. I. Quid sit substitutio hæc. II. Quibus rebus fiat, ut valeat. III. Cum valebit, quis, sit eius effectus. Substitu-
1 tio † pupillaris, ut initio huius tituli dictum, ea est, qua pater filio impuberi instituto substituit heredem in hunc casum, *Si impubes heres erit, & intra pubertatem decesserit, aut impuberi instituto ita substituit, si impubes decesserit,* ut declaratur *Inst. de pupil. in princ. & §. non solum.*

In qua substitutione, quia heres instituitur pupillo, non patri, ideo substitutio dicitur *testamentum pupillare*, de quo paulo post plura. Vt † valeat substitutio 2
pupillaris, positum est in quibusdam observationibus, quarum aliæ spectantur in ipsa substitutione, aliæ spectantur intrinsecus, nempe in testamento patris, in substitutione ipsa. Ius hoc solum concedit, ut parentes hoc modo substituant, seu testamentum faciant, primo liberis, secundo impuberibus, tertio quos in potestate habent, quarto qui quidem morte patris sui iuris fiunt: tum substituant cum hac conditione, *Si intra pubertatem decesserint,* quæ summa colligitur *ex L. 2. in princ. D. h. t.* & idem hoc rescripto comprehensum est. Exigitur, ut substituant parentes liberis impuberibus. Sunt autem impuberes masculi usque ad annum decimum quartum; fœminæ, usque ad duodeci-

decimum, intra quod tempus potestas huius substitutionis consistit, §. *pen. Instit. de pupill.* Igitur puberibus liberis hoc modo heredem substituere non licet.

3 Sed † cur non licet, cum & hi liberi sint? Quia si sunt sui iuris, ipsi sibi testamentum facere possunt, quæ libertas homini sanæ mentis adimi non debet, *L. 43. ex facto, D. eod.* Si sunt filiifamilias, & si bona castrensia & quasi habeant, etiam de iis ipsi sibi testamentum facere possunt, quæ libertas itidem illis relinquenda est. Si hæc bona non habeant, ne in iis quidem heredem habere possunt, non ex testamento, quia de iis testari non possunt, *L. penult. & ult. qui testam. facere possunt. Instit. quibus non est permissum testam. fac.* non ab intestato, quia peculium filiifamilias intestati, etiam militis, occupat pater iure peculii, non ut hereditatem, *L. pater. D. de castrens. pecul.* Non sunt in eadem caussa impuberes, quibus pater hoc modo substituit: nam ii, quia morte patris, sui iuris futuri sunt, ideo bona habere possunt, proinde etiam heredem. Sed quoniam propter ætatem ipsi sibi testamentum facere non possunt, §. *præterea, Inst. quibus non est permiss.* Ideo æquum visum est, ut parentes eis facerent, *Instit. de pupill. in fin.* Ideo enim æquum, quia utile est pupillis heredem habere non eum, quem sors dederit, qui potest esse idoneus, sed quem dederit iudicium & electio patris, qui de hac re propter affectionem suam erga filium recte existimabit.

Exigitur præterea, ut impuberes, quibus pater hoc modo substituit, sint in patris potestate, ut patet ex hoc rescripto, & *d. L. 2. in pr.* Ex quo colligitur, neque matrem filio impuberi, neque patrem filio emancipato impuberi hoc modo testamentum facere posse, §. *ult. Instit. de*

4 *pupill.* Sed † cur non potest impuberi emancipato parens substituere, cum & hic non magis, quam is, qui in potestate est, testamentum sibi facere possit, & videatur, in quibus eadem ratio sit, idem ius statui debuisse? Respondeo: Quia nulli debet licere, ne parenti quidem, alienis bonis heredem instituere, nisi in quæ bona ius habet, vetante lege duodecim tabularum & naturæ æquitate.

At pater in filii emancipati bona iuris nihil habet, in filiifamilias autem bona ius habet, propter potestatem patriam, quæ olim tribuebat parenti etiam ius vitæ & necis. *L. ult. inf. de patr. potest.* Qui autem de vita statuere poterat, multo magis potuit de bonis. Unde & illud receptum fuit, ut quanvis filiusfamilias vivo etiam patre existimetur dominus esse bonorum; tamen liceat parenti eum exheredare, idest, bonis iis suis excludere, quod argumentum etiam est Pauli in *L. in suis, in fin. D. de lib. & post.*

Notandum est autem † hoc loco duobus temporibus impuberem in potestate 5
parentis esse debere, ut substitutio pupillaris valeat, nimirum & eo tempore, quo pater ei substituit, & eo tempore, quo pater moritur, quod utrumque tempus notandum est, *L. 41. coheredi, §. cum filio, D. eod.* his verbis: *Cum filio, aut nepoti pater substituit, nisi mortis quoque tempore sit in potestate patris, substitutio fit irrita.* Hæc autem † particula, *quo-* 6
que, aliud tempus, quam mortis includit, hoc aliud tempus intelligere non possumus, quam id, quo parens substituit. Nam ex eo maxime tempore spectatur institutio, ut consistat, deinde & tempus mortis, ut exitum habeat, media tempora non nocent, *L. si alienum, §. 1. de hered. instit. §. in extraneis, de her. qual. & differ.*

Ideo diligentius † notandum est, quod 7
inolevit error vulgaris interpretum, admittentium mortis patris tempore debere impuberem esse in potestate patris; non autem quo tempore fit substitutio, dummodo postea veniat in potestatem patris substituentis, idque propter verba *L. 2. in prin.* vers. *sed extraneum.* Qui error valde notandus est. Refellitur autem sententia non tantum *dict. L. cum heredi, §. cum filius*, sed manifestis verbis huius *L. si testamento, L. 2. D. de pupill. in pr.* Nam in hac lege dicitur, patrem ita recte filiæ substituere in secundum casum, non si filia constituetur postea in potestate patris, sed si iam antea constituta erit in potestate patris. Et *in tot. tit. de pupill.* dicitur, permitti parentibus testamentum facere liberis impuberibus, non quos in potestate habebunt, sed quos habeant, & in *d. L. 2.* permitti parentibus facere testamentum liberis impuberibus, non si liberi erunt postea in potestate, sed si sint in potestate, quæ omnia ad præsens tempus substitutionem referunt, non ad futurum. Huc accedit, quod antea dixi, in omni † institutione duo tempora spectanda esse ut iis valeat testamentum; tempus, quo testamentum fit, & tempus, quo testator moritur, *d. L. si alienum, & d. §. in extraneis.* 8

Non recte in contrarium moventur verbis *d. L. 2.* vers. *sed si extraneam, D. eod.*

eod. Sic enim verba sunt: *sed si extraneum quis impuberem heredem instituerit, potest substituere, si modo eum adoptarit, vel arrogaverit filio præcedente.* Hæc verba, *potest ei substituere si*, acceperunt, ei nempe extraneo, non recte. Nam adiicere debuerunt conditionem, quæ sequitur, ut possit testator ei substituere pupillariter, si modo eum prius adoptaverit, vel arrogaverit. Et quanvis Ulpianus non adiecit, prius vel postea; tamen cum alterutrum verbum supplendum sit, oportet ex iure sumere, utrum intelligamus. Ius autem præcepit, ut cum oratio ambigua sit, eam sententiam accipiamus, quæ vitio caret. Hæc autem vitio caret, si intelligimus testatorem ei impuberi extraneo substituere posse, qui ante extraneus fuit, sed quem antequam substitueret, arrogavit, aut subiecit potestati suæ.

9 Exigitur præterea, ut impubes, † cui pater pupillariter substituit, morte parentis sui iuris fieri possit, ut colligitur ex *d. L. 2. in pr. D. eod.* Quod exigitur propter duas caussas: primo propter eos, qui vivo patre sui iuris fiunt, quo casu dixi substitutionem fieri irritam, ex *L. coheredi, §. cum filia, D. eod.* Deinde & maxime propter eos nepotes impuberes, quibus avus pupillariter substituit, qui iidem mansuri sunt in potestate patris mortuo avo, *tit. quib. mod. in prin. Inst.* Iis avus frustra pupillariter substituit, *d. L. 2. in prin.* Et ea ratio est, quam supra diximus, quia cum sint in potestate patris hi impuberes mortuo avo, ut bona, sic heredem habere non possunt; frustra autem iis testamentum fit, quibus heres esse non potest, cum sine heredis institutione nullum sit testamentum, *L. 1. in pr. D. eod.* Exigitur ad extremum, ut parens, qui pupillariter impuberibus liberis substituit, substituat hac conditione, si intra pubertatem decesserint, ut *hic & tit.*
10 *de pupill. in prin.* Quid ergo † si pater hanc ætatem excesserit? Resp. Placet substitutionem quidem valere intra pubertatem, sed si filius hanc ætatem excesserit, substitutionem finiri, *L. verbis legis, in prin. L. verbis 7. in prin. de pup.* Quod ita intelligendum est, si pater filio directis verbis substituat post pupillarem ætatem, ut in hac lege expressum est. Diversum est, si post eam ætatem roget filium, ut hereditatem suam alii restituat, quod omnibus etiam extraneis testatoribus facere concessum est, *§. ult. Inst. de pupill.*

Notandum † est autem, quemadmodum 11
liberi sunt impuberes, quibus parens substituit, ita nihil amplius exigi, quam ut liberi sint. Quod dictum est sine distinctione sexus, ut intelligeremus, ut pater substituere potest masculis, sic posse & fœminis impuberibus, *§. pen. Inst. de pup.* unde & hoc rescripto proponitur pater substituisse filiæ impuberi. Item sine distinctione nativitatis, ut intelligeremus substituere licere, non tantum iam natis, sed etiam postumis, *d. L. 2. in pr.* Item sine distinctione gradus, ut sciremus licere substituere non tantum filiis, sed etiam nepotibus, & liberis inferioribus in infinitum, qui mortuo testatore mansuri non erant in alterius potestate, *L. 2. in pr.*

Postremo & liberis dictum est, neque distinguitur, sintne instituti, an exheredati, ut hoc quoque intelligeremus, non tantum parentem liberis institutis testamentum facere posse, sed etiam exheredatis, *L. 1. §. 1. D. eod.* Nec obstat, quod in exheredato filio, cui pater testamentum facit, aperte de alienis bonis statuit, nullo autem modo de suis, *L. 12. L. verbis legis, de verb. sign.* Nam hoc singulari iure receptum est moribus in persona patris, & cur receptum sit, supra diximus. Nec illud obstat, quod dicitur, cui testamento nihil relictum est, ab eo nec legatum nec fideicommissum relinqui posse, *L. 6. D. de legat 3. leg. ab eo, infra, de fideicommiss.* Nam hoc ad legata & fideicommissa pertinet, non ad institutionem heredis quem interim substituere pater filio potest, nempe impuberi, & intra pubertatem, si eum parens in potestate habet Neque hæc inter se contraria sunt. Nam cum aliquid ab aliquo relinquitur, is oneratur legati, & fideicommissi præstatione, item ei detrahitur aliquid de bonis, quorum neutrum fit in pupillari substitutione. Nam in hac pater heredem filio impuberi dando, hunc non onerat, sed honorat, ei non detrahit, sed adiicit heredem non sine impuberis utilitate, cuius interest idoneum heredem habere, ut supra dictum. Unde qui oppugnat substitutionem pupillarem, is dicitur oppugnare utilitatem pupilli, in *L. Iulianus, de acquir. hered.*

Atque hæc in substitutione ipsa pupilli spectantur, ut valeat. Extrinsecus autem ad vim huius substitutionis etiam quædam in testamento patris exigimus, quæ ex hoc principio ducuntur, quod substitutio pupillaris, & quod idem est, testamentum pupillare, pars est & sequela paterni, *§. liberis, Inst. de pupil. L. qui plures liber.*

ber. §. ult. in fin. D. eod. Cui sententiæ consequens est, nisi sit paternum testamentum, quod speciale est, non posse locum esse accessioni, idest testamento pupillari.

12 Propterea † ut substitutio pupillaris valeat, hæc tria de testamento paterno exigimus. I. Ut parens, qui filio impuberi testamentum facit, ipse sibi testamentum faciat. Secundo, ut prius heredem sibi scribat, deinde substituat filio. Tertio, ut idem testamentum valeat, idest, exitum habeat.

13 Primum † exigitur, ut pater sibi testamentum faciat, *L. 2. § quisquis, D. eod.* Ac proinde hoc exigitur, ut pater sibi heredem instituat, sive instituat ipsum filium impuberem, sive alium quemvis extraneum; quoniam sine heredis institutione testamentum non valet, *L. 1. in fin. D. eod.* Atqui cum hoc exigimus, simul hoc requiri intelligimus, ut testamentum iure factum sit, puta ne liberi præteriti sint; nam iniustum testamentum nullius momenti est, idest, ne testamentum quidem est. *L. 1. de inoffi. test.* Hoc est, quod in hac lege scribitur *in pr.* si testamento iure facto pater substituit, non est satis patrem sibi testamentum facere. Hoc amplius exigitur, ut prius sibi heredem scribat; deinde substituat filio, & non convertat ordinem scripturæ. Hoc ita diserte & multis verbis scribit Ulpianus *in d. L. 2. §. prius.* Et ut intelligere liceat hanc sententiam ei probari, eam & ratione & auctoritatibus pluribus, scilicet Iuliani & Imperatorum confirmat.

14 Sed † difficultatem facit hoc loco, quod in *eod. §. vers. sed si quis*, hanc sententiam videtur mutare; scribit enim substitui filio impuberi recte hoc modo, *Si filius meus impubes intra pubertatem decesserit, Titius heres esto*, deinde, *Sempronius filius meus heres esto*, ubi Titius substitutus primo loco scribitur, Sempronius filius institutus secundo, quod Ulpianus ait in substitutione recte fit, & addit, ut videtur, sententiam superiori contrariam, *ut non ordo scripturæ, sed ordo successionis spectetur.* Sed principium cum fine ita conciliandum est: observandum est in extremis verbis, quæ supra retulimus, Ulpianum exemplum proponere de impubere filio instituto, cui pater substituit, sed de instituto tantum, non de exheredato. Ex quo intelligere debemus illum, hunc casum a priori sententia generali excipere, ut sit totius eius § *prius*, hæc distinctio: cum pater prius substituit filio, deinde sibi heredem scribit: & quæritur, utrum † converso ordine scripturæ
15 substitutio pupillaris valeat, necne: interest, utrum pariter substituat filio impuberi exheredato an instituto: ut si substituit exheredato, substitutio nullius momenti sit; sin autem substituit instituto, valeat, idque optima ratione, quia cum pater filio impuberi prius substituit, deinde eundem filium instituit, secundum manifestam verborum sententiam ita heredem filium instituit, ut velit eum primo loco succedere, substitutum autem impuberi datum, velit secundo loco & postea, ut merito hic ordinem successionis, & sententiam testatoris, non verba scripturæ spectare debeamus. Nam cum pater hic substituit filio impuberi, substituit nominatim sub conditione, *si filius intra pubertatem decesserit.* Cum autem eundem instituit paulo post, instituit simpliciter & pure, ac proinde filio mortuo statim illum heredem esse, & iure ipso statim heres erit, quia est suus heres: sic fit ut secundum necessitatem naturæ & iuris non possit fieri, quin sit prius heres, quam moriatur, eoque non sit prius heres, quam substitutus ex substitutione vocetur, quod contra fit in impubere exheredato. Propone enim hoc modo testatorem scripsisse: *Filius meus impubes exheres esto, si is intra pubertatem decesserit, Titius heres esto, Sempronius heres esto.*

Hic prius exheredato impuberi substitutus datus est Titius, deinde Sempronius testatoris heres ex testamento. Sed Titius impuberi heres ex substitutione non erit, quamvis intra pubertatem decesserit, quia substitutio non valet, & ideo non valet; quia vere dicitur in hoc exemplo & secundum verba, & secundum sententiam, patrem prius substituisse filio; deinde sibi heredem scripsisse, quoniam substitutio est sub conditione, *si filius impubes decesserit*, & institutio heredis item sub conditione tacita; *Si Sempronius heres institutus hereditatem adierit*; quia nisi adeat, heres non fit: at per rerum naturam non potest adiri, quamdiu impubes filius vivit, ut tunc adeat, cum impubes erit mortuus: quo fit, ut in hac specie, sive scripturæ ordo spectetur, sive ordo successionis, videatur pater prius substituisse filio, posterius sibi heredem instituisse. Hæc est autem conversio scripturæ, quæ improbatur in principio eius §.

Ne hæc quidem satis sunt in testamento patris, tertium † etiam hoc exigitur, ut 16
testamentum patris iure factum & scriptum, rite etiam valeat, id est exitum habeat *L. 2. §. quisquis, D. eod. §. liberis, Instit. de pupill.* Huic rei hæc sunt consequentia. Primo, ut ne rumpatur testamen-

ſtamentum patris, itaque rupto teſtamento, teſtamentum pupillare evaneſcit, *dict. L. 2. §. quiſquis*. Item & illud conſequens, ſi teſtamentum, querela inofficioſi perlata, reſciſſum ſit, ſimul & tabulas pupillares evaneſcere. *L. Papin. 8. §. ſed nec impub. §. ult. de inoff. teſtam.* Conſequens & illud, hereditatem ex teſtamento patris adiri oportere, hac non adita evaneſcere ſubſtitutionem pupillarem, quanvis teſtamentum patris ita iure factum ſit, ut ex teſtamento eo adiri poſſit hereditas, *d. L. 2. §. quiſquis, L. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſ. D. eod. de vulg. & pupill.* Hoc ideo conſequens, quia non adita ex teſtamento patris hereditate teſtamentum eius fit irritum, *L. 1. D. de iniuſt. rupt.*

Sed hoc quod de adeunda patris hereditate dicitur, in extraneis heredibus locum habet, qui non aliter fiunt heredes, quam ſi hereditatem adierint. Cæterum ad heredes ſuos teſtamento patris inſtitutos non pertinet. Itaque ſi proponas patrem filium impuberem, quem in poteſtate habet, heredem inſtituiſſe, eique ſubſtituiſſe ſi impubes deceſſiſſet, ſi mortuo patre pupillus per tutores abſtineat hereditate patris, deinde impubes decedat, nihilominus ſubſtitutus ex ſubſtitutione admittetur; quia ſubſtitutio valuerit, *L. filius qui ſe. L. Iulianus, ſeq. de acquir. hered.* Nec ad rem pertinet, quod filius impubes hereditatem patris non adierit; nam ſine aditione ipſo iure exſtitit patri heres. *L. in ſuis, de ſuis & leg. hered.* Quod autem exigitur in extraneo, ut hereditas ab eo adita ſit, ideo exigitur ut heres exſiſtat. Proinde ſi quis heres erit eiuſmodi, qui ſine aditione heres iure non extiterit, idem probandum eſt, nempe confirmatum eſſe patris teſtamentum, ut ſic confirmentur quoque tabulæ pupillares. Et ideo vere dictum eſt a Bartolo in *d. L. filius, qui ſe*, exiſtentia ſui heredis confirmari tabulas pupillares.

Interdum tamen, etſi hereditas ex teſtamento patris adita non ſit, aut reſciſſum etiam ſit patris teſtamentum, nihilo-
17 minus † ſubſtitutio pupillaris valet. Ac primum quibus caſibus ſit poteſtas heredi, repudiata hereditate, iterum eam adire, ſi adierit, confirmantur tabulæ pupillares. Id autem contingit duobus modis. I. Si heres minor 25. annis hereditatem repudiaverit; nam huic poteſtas eſt impetrata reſtitutione in integrum rurſus hereditatem adeundi: quod ſi fecerit, ut ei dantur utiles actiones ex edicto prætoris, ita confirmantur tabulæ pupillares, & pupillo quanquam decedente, decernuntur etiam utiles actiones eius ſubſtituto, *L. 2. §. interdum, D. eod.* Secundo modo idem accidit, ſi heres teſtamento patris rogatus ſit hereditatem alteri reſtituere, nam quanvis initio hereditatem repudiaverit, tamen cogi poteſt a fideicommiſſario, ut hereditatem adeat, & reſtituat, *L. 4. ad Treb.*

Quod ſi evenerit, ut adeat, eadem opera confirmantur tabulæ pupillares, ut ex iis quandoque ſubſtitutus admittatur *L. nam quod, §. 1. ad Trebell.* Idem probandum eſt, ſi ſubſtitutus pupillo heres rogatus ſit hereditatem reſtituere alteri. Nam hoc caſu quanvis heres inſtitutus teſtamento patris hereditatem patris repudiaverit: & quanvis filius impubes eo teſtamento fuerit exheredatus: tamen poſtulante fideicommiſſario, cogi poteſt ſubſtitutus impuberis hereditatem adire ex ſubſtitutione pupillari.

Quod ſi quis dicat ſubſtitutionem pupillarem valere non poſſe; quia teſtamentum patris non valeat, ex quo hereditas adita non eſt, huic non incommode ita occurritur. Nam ut ſubſtitutus impuberis ex ſubſtitutione adire poſſit, fideicommiſſario poſtulante, cogetur heres patris hereditatem eius adire, ut ſic confirmetur paternum teſtamentum prius, deinde eo confirmato tabulæ pupillares confirmentur, quæ ſpecies eſt *d. L. 2. §. interdum, in prin. de vulg.* Præterea etſi ex teſtamento patris non adeatur omnino hereditas, tamen quibus caſibus ex eiuſmodi teſtamento legata iure prætorio conſervantur, iiſdem caſibus etiam ex teſtamento valent tabulæ pupillares. Id rurſus accidit duobus caſibus: unus eſt, ſi legitimus defuncti heres ſit teſtamento inſtitutus; deinde mortuo teſtatore omiſſa cauſſa teſtamenti ab inteſtato poſſideat hereditatem: placet hoc caſu confirmari tabulas pupillares *d. L. 2. §. quiſquis, in prin. D. eod.* Hoc ideo, quia etſi repudiata ex teſtamento hereditate, teſtamentum iure civili non valet; tamen ex edicto prætoris, *ſi quis omiſſa cauſſa, &c.* perinde id habetur, quaſi ex teſtamento eſſet adita hereditas; quoniam ſic ex teſtamento & legata & cætera relicta præſtantur, ac ſi ex eo adita hereditas eſſet, *L. 1. D. ſi quis om. cauſ. teſt.* At ſi legata a prætore conſervantur, multo magis ſubſtitutio pupillaris propter utilitatem pupillorum.

Altero modo hoc idem fit, cum teſtamentum patris reſciſſum eſt, bonorum poſſeſſione contra tab. petita; nam & hoc caſu etſi non valeat teſtamentum, non eo minus

minus tamen substitutio pupillaris valet, *L. ex duob. §. ult. L. seq. D. eod.* Hoc ideo, quia singulari quodam iure prætor rescisso per bonorum possessionem contra tabulas testamento, nihilominus legata servantur quibusdam personis, nempe parentibus & liberis, *L. 1. de leg. præst.* Si legata: multo magis servat hereditatem liberis puberibus ex substitutione pupillari.

Hæc summa est earum observationum, quas in substitutione pupillari tenere oportet, ut valeat substitutio. Ex his autem varia nomina substitutionis nata sunt, quæ ideo nobis sunt observanda, ut cum occurrent, statim ex iis res, quæ demonstrantur, intelligantur, & simul explicetur eorum verborum appellatio. Primum igi-
18 tur dicitur † substitutio, *tit. de pup. in pr. & §. non solum*, quoniam in hac substitutione instituitur heres secundo loco & gradu. Prius enim pater sibi heredem facere debet, deinde filio, & ita debet, ut prius heredem oporteat exsistere patri, quam substitutio pupillaris valeat. Is au-
19 tem † dicitur substitutus, qui secundo loco institutus est heres, ita ut non nisi secundo loco succedat, ut initio dixi *h. t. L. 1.* Et notandum est substitutum impuberis, seu hanc substitutionem non dici substitutionem habita ratione impuberis; nam substitutus impuberis est impuberi prius heres, & solus, non secundus. Sed nec ita dicitur, habita ratione patris substituentis. Nam substitutus impuberi non est omnino patri heres, nedum primo, aut secundo, sed est solius impuberis heres. Verum ita substitutio, & substitutus hic dicitur, ex comparatione heredis paterni; nam prius heredem a patre institui oportet, ut dixi; deinde secundo loco filio impuberi, & non convertere ordinem scripturæ, quod ab Ulpiano significatur in *L. 2. in fin. D. eod.* Dicitur substitutio pupillaris, *§. igitur, Instit. de pup. L. in pupillari. L. ex duob. §. ult. de vulg. & pup.* quia etsi non possit substitui pupillo, nisi tunc, cum est in potestate patris; tamen substitutionis eventus confertur in id tempus, cum impubes morte patris, sui iuris erit factus, quo tempore dicitur pupillus, *L. pupillus, de*
20 *verb. sig.* Eadem † dicitur testamentum pupillare, *tit. Inst. de pup. in pr.* Eodem sensu dicuntur tabulæ pupillares: hoc ideo, quia ex hac substitutione heres instituitur impuberi, non patri, *§. 1. vers. quo casu Inst. de pup.* Id autem cuiusque dicitur testamentum, in quo heres cuique instituitur; quoniam ex heredum institutione testamentum pendet, *L. 1. §. qui neque, de her. Inst. §. cum heredem, Inst. de leg.* Idem testamentum ex ordine institutionis dicitur secundæ tabulæ, ut eædem sint tabulæ pupillares, & secundæ tabulæ, *d. §. interdum, in pr. d. L. qui plures, §. ult. D. h. t.* Ex quo intelligimus in institutione pupillari, substitutione facta in testamento patris, duo testamenta esse, unum patris, ex quo heres ei instituitur; alterum filii, ex quo instituitur pupillo heres ex substitutione pupillari. *L. patris & filii, D. h. t. §. igitur, Instit. de pupil.* Et tamen quia tabulæ pupillares, seu substitutio pupillaris per se non valet, sed pars & sequela est paterni testamenti, *§. sibi ipsi, Instit. de pupill.* rursum hac ratione fit, ut substitutione pupillari facta, nihilominus unum dicatur testamentum esse patris, cuius pars sit & accessio, substitutio pupillaris: ideoque dicitur hoc sensu unum esse testamentum duorum casuum, idest, hereditatum, *d. §. igitur.* Ex hac ratione, cum pater substituit filio impuberi in secundum casum, dicitur patris esse testamentum duplex, & in quibus testamentis eadem fiunt, ea dicuntur duplicia testamenta in usu iuris *L. in duplicib. D. ad L. Falcid* Hæc substitutio autem hic in testamento patris, non minus ex sententia intelligitur, quam ex verbis, de quo ad *L. 2. supr.* ubi constabat pupillæ substitutionem testamento patris ordinatam esse, & ita ordinatam secundum ea, quæ dixi. Restat, ut de effectu eius quæratur, idest, substitutus pupillo heres quando, & cui, seu ad cuius hereditatem ex ea substitutione admittatur, id quod paucis verbis notatum est in extremo hac lege. Ergo ex ea substitutione admittitur substitutus post eventum conditionis, ut sunt verba rescripti, idest, si pupillus intra pubertatem decesserit. Nam hæc huius substitutionis conditio est. Admittetur autem ita, ut excludat intestati successionem, ut sunt verba rescripti, quibus verbis significatur, quod aliis locis explicatius traditum est, substitutum impuberis, succedere pupillo, & in omnia bona eius, ac proinde in hereditatem patris, si prius impubes patri heres exstitit. *d. tit. pupil. vers. quo casu, L. sed si plures, §. substitutos, L. paterfamilias, de vulg. & pupill.* Hoc idem verbis huius rescripti significari dicimus; qui si tota hereditas impuberis non pertineret ad substitutionem impuberis, ex testamento seu substitutione pupillari, impubes succederet. At perinde casu alio proximo ex intestato ei succederet. Nunc autem secundum verba testamenti hæc intestati suc-

successio ex substitutione a substituto excluditur. Ex quo colligitur illum in totum succedere in substitutione, exclusis legitimis pupilli heredibus.

Ad L. Precibus. 8.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Patronæ.

Precibus tuis manifestius exprimere debueras, maritus quondam tuus miles defunctus, quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis, & secundum heredem scripsisse, utrumne in primum casum, an [in secundum] filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suæ ætatis annum aut postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti iuris, quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri heres exstitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat successio. Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendiosa, non usque ad certam ætatem facta reperiatur: siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes, quos pater ei constituit, & adierint hereditatem. Si vero post pubertatem: tunc eius te successionem obtinente, veluti ex caussa fideicommissi bona, quæ, cum moreretur, patris eius fuerint, a te peti possunt. S. V. Id. April. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Species facti, quæstio, & responsi summa.*
2. *Primus & secundus casus in substitutione, quis.*
3. *In proposito cur nulla substitutio matri obstet, quominus intestati filii hereditatem obtineat.*
4. *Vulgari substitutione expressa contineri pupillarem, nisi voluntas testatoris refragetur.*
5. *Vulgari substitutione a pagano facta non admitti pupillarem tacitam adversus matrem, sed hanc filio impubere herede mortuo admitti ad hereditatem intestati excluso substituto: si modo mater una cum filio instituta sit: alioqui in pagano patre contra.*
   L. ult. C. de Inst. & subst. *explicatur. ibidem.*
6. *Vulgari substitutione expressa nec tunc contineri pupillarem tacitam adversus matrem, cum substitutio a patre milite facta est, & cur diversum in patre pagano.*
7. *Compendiosam substitutionem utrumque casum continere etiam adversus matrem impuberis, quisquis pater substituerit, sive miles, sive paganus.*
   Compendiosa substitutio quæ; ibid.
8. *Militem cuivis heredi a se instituto etiam post pubertatem in secundum casum directo recte substituere, ut bona militis sola ad substitutum pertineant: heredis propria bona ad eius heredes sive testamentarios, sive legitimos redeant.*
9. *Ex substitutione militis in secundum casum post pubertatem, aut extraneo heredi facta non solum pertinere ad substitutum bona propria militis; sed & fructus eorum bonorum inventos in hereditate, cum heres, cui substituitur, moritur: & qui fructus his verbis intelligantur.*
   L. Centurio D. de vulg. *explicatur: ibidem, & nu. 8.*
10. *Ex substitutione militis in secundum casum post pubertatem facta filio pertinere ad substitutum bona militis iure directo, non fideicommissi, quamvis mater sit superstes.*

11.

11. *Hæc verba*, velut ex caussa fideicommissi, *addita*, *ut significetur restitutionem hereditatis ex substitutione militari in secundum casum facta*, *similem esse restitutioni hereditatis fideicommissariæ : & cur, ac qua in re sit similis.*

12. *Obtineri filii hereditas a matre quo sensu hic dicatur.*

1 Miles pater † filium impuberem, quem in potestate habebat, heredem instituit, eique substitutum dedit; filius mortuo patri exstitit heres: deinde decessit viva matre: hæc filii hereditatem ut intestato mortui occupat, eamque pro sua obtinet ex senatusconsulto Tertylliano: substitutus contra hereditatem filii ex substitutione sibi vindicat: quæritur, ad utrum hereditas pertineat? De hac re consuluit mater Imperatores, & in facti narratione rem nude ita exposuit, *ut supra dixi*, nempe substitutum filio datum, neque expressit in quem casum, utrum in primum, an in secundum. Respondent Imperatores, ut mater certum & absolutum responsum acciperet, debuisse eam manifestius exprimere, in quem casum substitutus datus sit; quia multum referat ad id, de quo quæritur, in utrum casum substitutus quis sit. Proinde cum id mater non expresserit, respondent non absolute, sed sub distinctione, in qua versatur hoc rescriptum. Est autem hæc distinctio. Interest, utrum miles filio impuberi, quem in potestate habebat, & habuit tempore mortis, substituerit in primum tantum casum, an vero in secundum.

2 Primum † casum vocant usitato iuris auctoribus loquendi more vulgarem, huiusmodi, *si filius heres non erit*: secundum non vulgarem, qui priorem sequitur, *sive heres erit filius*, *& postea decesserit*; *L.* 4. *D. de vulg. & pup. subst.* de quo alias.

3 Si † in primum tantum casum substitutus datus sit, & filius heres exstiterit, aiunt Imperatores non esse incerti iuris hereditatem filii hoc casu ad matrem omnimodo pertinere, non autem ad substitutum. Id autem sic colligitur. Nam si nullus est filio substitutus datus, & is testamentum non fecit, intestatus decedit. Intestati autem filii, qui nec patrem habuit, nec filios, hereditas certo iure ad matrem pertinet ex senatusconsulto Tertylliano. *Inst. de sen. Tertyll.* Iam vero hic substitutio nulla fuit, ubi proponitur substitutus in primum tantum casum datus esse, & filius exstitisse heres. Nam si qua hic substitutio est, necesse est aut vulgarem esse, si filius heres non erit, aut non vulgarem, si heres erit, & postea decesserit. Hic vulgaris non est, quippe quæ filio herede exsistente exspiraverit, quod & ipsum certi iuris est. *L. post aditam*, *sup. hoc tit.* Non est non vulgaris substitutio; quoniam cum proponatur in primum tantum casum substitutus datus, hæc particula, *tantum*, satis significat secundum casum a testatore comprehensum non fuisse. Ita fit, quod dixi, ut intestatus filius decesserit, eoque & ad matrem pertineat intestati hereditas.

Et † hæc recte dicerentur, ac citra controversiam si vulgari substitutione expressa, ut hic factum proponimus, non contineretur pupillaris. Nunc autem certi iuris est, eam contineri, *L.* 4. *D. de vulg. & pup. subst.* Secundum quam sententiam dici debuit filio impubere mortuo, quamvis prius patri heres exstitisset, eius hereditatem ad substitutum pertinere ex substitutione pupillari; consequens esse hereditatem nullo modo pertinere ad matrem, quoniam substitutio pupillaris est testamentum impuberis: quamdiu autem potest ex testamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab intestato non defertur neque matri neque cæteris heredibus legitimis; *L. quamdiu potest*, *D. de acq. her.* Sed quod dicitur vulgari substitutione expressa contineri tacite pupillarem, non est perpetuum. Id hactenus verum est, nisi voluntas testatoris refragetur, quod in specie proposita factum esse intelligendum est. Quæritur igitur in proposito, quare substitutus in vulgarem casum datus a patre, qui filium in potestate habuit, non videatur etiam in secundum casum datus, ut sic admittatur in utrumque exclusa matre ab intestato, & cur non videatur pater de secundo casu cogitasse. Et vulgo obtinuit hæc sententia, ideo in proposito id fieri, quia filius decesserit viva matre: matri non nocere substitutionem pupillarem tacitam: quasi coniectura sit testatorem voluisse, si filius heres exsisteret, deinde intra pubertatem decederet, luctuosam hereditatem filii ad matrem pertinere potius, quam ad substitutos, de quibus in secundum casum nihil aperte. 4

5 Sed vereor, † ne hæc sententia defendi non possit. Nam si ob hanc caussam propter matrem excluditur substitutus in secun-

secundum casum in substitutione vulgari a milite facta; etiam in pagano testatore idem probandum erit, qui filio impuberi substitutum dederit in vulgarem tantum casum: quia hic eadem mater est, quæ de hereditate filii litigat, idem humanitatis sensus in pagano patre, ut proinde in eadem ratione idem ius statui debeat. *L. illud, D. ad L. Aquil.* Et hoc etiam vulgo admittunt. Sed refellitur hæc sententia non obscure *L. ult. supr. prox. tit. de instituт. & subſtit.* Nam illic proponitur testator, qui miles non est, uxorem prægnantem heredem instituisse; & una cum uxore ventrem, idest, pupillum, qui in ventre est, pupillo substituisse hoc modo, *Si filius natus non esset*, idest, si heres non extitisset, ac propterea substituisse ei in vulgarem tantum casum: deinde proponitur postumus natus esse, & heres exstitisse patri, ac deinde impubes decessisse. Quæsitum est de eius hereditate, utrum ex substitutione pupillari tacita pertinere debeat ad substitutum, an vero ad matrem reiecta pupillari substitutione? Et illic refertur sententia Papiniani & Ulpiani, probantium quidem matrem ad successionem intestati filii admitti exclusо substituto, ut sic vulgari substitutione, quæ expressa erat, non intelligatur contineri pupillaris adversus matrem. Sed hæc sententia a Papiniano & Ulpiano defenditur hac solum ratione; quia mater, itidem ut filius, instituta erat a testatore; proinde si instituta non erit, non admittetur, sed substitutus. Vis huius argumenti indicatur in *L. 1. §. huius rei. D. de off. eius, cui mand. est iurisd.* Defenditur præterea eadem sententia ab illis auctoribus hac ratione, quod si testator voluit hereditatem suam, quæ uxori non debetur, ad uxorem pertinere; multo magis voluit ad eam pertinere hereditatem filii impuberis, utpote quæ naturaliter matri debetur. Hæc ratio cessat in ea matre, quæ a testatore instituta non est. Quare in ea hoc quoque ius cessabit. *L. quod dictum, D. de pact. L. in omnibus causis id observatur. D. de reg. iur.* Nec obstat Iustiniani constitutio, qua prior sententia remota omni dubitatione confirmatur. Confirmatur enim nominatim a Iustiniano in hac specie, & in hoc casu. Nam bis hæc verba repetit ea constitutio, proinde in aliis casibus ius vetus manere oportet. *L. præcipimus, in fin. infr. de appell.* Apparet autem ex superiore dubitatione Papiniani & Ulpiani, in ea matre, quæ instituta non esset, dubium non fuisse, quin filio impuberi heres non esset ab intestato, si pater impuberi substitutum dedisset, quanvis in primum tantum casum. Neque adversatur hic locus, ubi simpliciter dicitur hereditatem impuberis ad matrem pertinere. Nam adiicitur, in hoc casu id non esse incerti iuris. Ex quibus verbis liquet Imperatores non loqui de pagano testatore, qui filio impuberi in primum casum substitutum dederit non instituta matre, aut etiam instituta. Nam utrum hoc casu admitteretur mater, impubere mortuo res dubii iuris fuit, non certi. Ad eiusdem rei confirmationem adiicere oportet *L. quanvis, supr. h. tit.* ubi uxore testatoris, & filio impubere heredibus institutis, pater ambobus substituit hoc modo; *si uxor & filius heredes non erunt*; & respondetur quidem, si filius impubes heres exstitit, deinde intra pubertatem decedat, substitutum ex substitutione pupillari non admitti, sed matrem ab intestato. Verum ratio observanda est, quamobrem id placeat. Non enim dicitur ideo mater admitti, quia substituto in primum tantum casum dato, mater excludat tacitam pupillarem: sed quia testator his verbis, *si heredes non erunt*, substituendo, intelligitur tantum sensisse de eo casu, qui in utriusque persona locum habere potuit: potuit autem solus casus vulgaris in utriusque persona intelligi. Quo non obscure significatur, si uni tantum filio impuberi pater substituisset in primum tantum casum, cum in eius persona locum habere potuerit etiam secundus casus, matri locum non futurum, sed substituto, quantumvis mater una cum filio instituta fuerit. Neque hæc sententia iniqua est. Nam cum pater filio impuberi substituit aliquem in primum casum, vult substitutum sibi heredem esse. Qui autem semel eum sibi heredem esse vult, is vult eum etiam perpetuo sibi esse heredem, sive filius heres non sit; sive sit heres Quapropter etiam filio herede exsistente, & intra pubertatem mortuo, substitutus testatori heres erit ex eius voluntate. Et quoniam non potest testatori heres esse, nisi etiam sit heres pupillo, quia iunctæ hereditates esse cœperunt patris, & impuberis, *L. sed si plures §. filio, D. de vulg. & pup. substit.* ideo substitutus etiam ad hereditatem impuberis vocari intelligitur, ubi alia voluntas manifestior non refragatur.

Sed obiicitur † hic locus, in quo contra placet matrem admitti. Et observandum est locum scriptum esse de testatore milite. Sic enim diserte verba sunt: *quod si filius in patris militis positus potestate:* ex quibus intelligimus aliud iuris esse 6

in

in milite, aliud in pagano. Merito: est enim in utroque alia atque alia coniectura voluntatis. Nam in milite hoc probatur, ut tantum sensisse & voluisse intelligatur, quantum dixerit, non amplius; scilicet, ut quemadmodum servatur per omnia id, quod voluit; ita etiam præter voluntatem non servetur, quod non aperte voluit. *arg. in leg. Divus, & L. Lucius, D. de test. mil.* Idque recte placuit, cum propter imperitiam militum, de qua scriptum est in *L. 3. supr. de test. mil.* tum propter occupationes expeditionum, in quibus iure militari testantur. *§. 1. Instit. de test. milit.*

Imperitia facit, ut de iure non intelligatur cogitasse miles, si non expresserit, *L. ult. in princ. infr. de iure delib.* Occupatio autem militiæ, & expeditionis omnem aliam cogitationem adimit, ut non temere putandus sit cogitasse, quod nominatim non dixerit. Quod cum ita sit, si miles filio impuberi substituit in hunc casum, *si heres non esset*, non videbitur substituisse in hunc casum, *si heres erit, & deinde decesserit*. Ex quo efficitur, si heres exsistat, certi iuris esse exspirasse substitutionem, ac proinde matri locum futurum, non substituto. Cui consequens est, si impubes hoc casu heres exsistat, & intra pubertatem decedat, etiam alium quemlibet legitimum heredem impuberis heredem futurum ab intestato, excluso substituto. Alia coniectura est voluntatis in iis testatoribus, qui milites non sunt. Nam si ius non ignorant, secundum regulas eius iuris testari intelliguntur: si imperiti sunt; tamen de hoc ipso iure videntur sensisse, quia se iure communi testari intelligunt: ut velint etiam ea omnia admitti, quæ sunt ex iuris communis sententia, nisi aperte eorum voluntas refragetur. Ex his colligimus, quoties testator in unum casum, puta vulgatem, substituit aliquem filio impuberi, simul etiam in secundum casum substituisse videri: nisi conditio heredis legitimi, qui ad hereditatem impuberis vocatur, aliam admittat coniecturam; id autem contingere, quoties filius impubes decedit viva matre: si modo & ea testamento instituta sit ab eodem testatore una cum filio impubere ex *L. ult. supr. prox. tit.* aut ea non instituta proponatur substitutio facta esse a testatore milite.

7 Atque hæc † ita sunt, si pater miles filio impuberi substituit in primum tantum casum: diversum est, si substitutio a patre etiam in secundum casum vel expressa, vel compendiosa facta fuerit. Sic enim verba sunt huius L. *in vers. sed si.* In secundum casum fit hoc modo: *si filius meus heres erit, & deinde decesserit, Titius heres esto.* Expressa est hoc modo: *si intra pubertatem, aut postea decesserit*, quæ formula initio huius rescripti expressa est. Dicitur autem hoc casu expressa, quia tempus utrumque verbis specialiter exprimitur, & quod pubertatem præcedit, & quod sequitur. Compendiosa seu compendio fieri dicitur hoc modo: *quandocunque filius meus decesserit*, vel si decesserit, vel *cum decesserit*, quia hoc compendio sermonis utrumque tempus superius comprehenditur, non exprimitur: ut alibi appellatione hominis dicuntur compendio sermonis omnes homines contineri, *L. Mævius, § duorum, D. de leg. 3.* Ergo si substitutio in hunc casum facta sit, *quandocunque filius heres factus decesserit*, nunquam hereditas filii tota ad matrem pertinebit, sed aut tota ad substitutum, aut saltem pro parte. Utrum autem tota, an pro parte pertineat, ex hac distinctione statuendum est. Aut enim filius decedit intra pubertatem, aut post pubertatem. Si intra pubertatem, eos heredes habebit, quos pater ei substituit, si & hereditatem adierint, ut sunt verba rescripti. Ex quibus intelligimus, hoc casu totam hereditatem filii impuberis ad substitutum pertinere. Itaque in hac hereditate, & bona patris ad substitutum pertinebunt, & item bona propriæ filii impuberis, undecumque illa obvenerint. Nam cum is patri heres exstiterit, iuncta hereditas cœpit esse patris & filii. *L. sed si plures, §. filio, D. de vulg. & pupill. subst.* Hoc autem fieret iure communi, etsi paganus testator filio impuberi substituisset aliquem in secundum casum, *Inst. de pup. subst.* vers. *quo casu, & d. L. sed si plures, §. ad substitutos, de vulg. & pup. subst.* Bene igitur Papinianus in *L. centurio, D. eod.* dixit, hoc casu substitutos iure communi etiam propria bona filii impuberis capturos. Si bona impuberis ex substitutione ad substitutum hoc casu pertinent, sequitur nihil ex his ad matrem redire. Nam, ut superius dixi, hæc substitutio testamentum est pupilli, quod pater ei fecit. *L. 2. D. de vulg. & pup. subst.* Quamdiu autem potest ex testamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab intestato non defertur neque matri neque aliis legitimis heredibus, *L. quamdiu potest, D. de acq. hered.*

Si vero † filius decessit post pubertatem, rescripti verba ita sunt: *matre eius* 8

(filii)

(filii) *hereditatem obtinente, bona quæ patris, cum moreretur, fuerint, veluti ex caussa fideicommissi a matre peti posse*. Quæ verba quia obscuriora sunt, & magnas difficultates pepererunt interpretibus, nobis excutienda sunt. Et in his duo expendenda potissimum: quæ hoc casu bona ad substitutum pertineant: tum quo iure. Igitur cum filius, cui in secundum casum substitutus datus est a patre milite, post pubertatem decedit, non omnia eius bona ad substitutum pertinent, sed bona duntaxat patris, idest, quæ fuerunt patris, cum is moreretur. Idem in *L. centurio, in fin. D. de vulg. subst.* Hic occurritur ex iure communi. Nam verbis civilibus, idest, directis, post decimum quartum annum frustra substitutio fit; & si facta erit, tamen pubertate finitur. *L. verbis civilibus, & L. in pupillari, D. de vulg. subst.* Sed hoc in paganis ius est, in militis substitutione, de qua hic agitur, locum non habet. Potest miles ex privilegio militum heredibus a se institutis etiam in hunc casum, cum heredes exstiterint, substituere, non tantum liberis, sed etiam extraneis, nec tantum impuberibus, sed etiam puberibus. *L. milites, supr. de test. mil. L. miles ita beredem D. eod.* Pertinent igitur bona patris militis ad substitutum non iure communi, sed ex privilegio militum, ut dicitur in *d. L. centurio*. Quid? bona propria filii ad quem pertinebunt? nempe ad heredes legitimos: & ideo in specie, quæ nunc proponitur, ad matrem, quæ temporibus huius rescripti inter legitimos heredes primum locum tenuit ex senatusconsulto: sed cur ex eodem privilegio militis hæc bona non pertinent ad substitutum, cum miles substituerit heredem filio, non sibi? Quia suis bonis miles quanvis substitutionem facere potest, alienis non potest, ne ius alienum imminuat. *d. L. milites, supr. & L. cum filiusfamil. D. de test. mil.* Futurum esat autem, ut minuat ius alienum filii, si heredem ei dando auferat ei libertatem testamenti faciendi, *L. ex facto, 1. resp. D. de vulg. subst.*

9 Adiicitur † in rescripto, ad substitutum bona patris pertinere, quæ patris, cum moreretur, fuerunt. Imo etiam ea, dicet aliquis quæ eius non fuerunt, cum moreretur. Nam hæc bona ad substitutum pertinent cum fructibus inventis in hereditate patris, ut scriptum est in *d. L. centurio, infr.* Quibus verbis intelligere debemus fructus inventos in hereditate patris, & inventos, quo tempore filius moritur. Neque enim de fructibus inventis in hereditate patris, quo tempore pater moritur, sentire potest Papinianus, qui prius dixerat bona patris pertinere ad substitutum. Bonorum appellatione etiam fructus tempore mortis patris inventi satis continentur, sive pendentes sint, sive iam ante a patre percepti. Nam pendentes pars sunt fundi. *L. fructus pendentes, D. de rei vind.* Percepti autem fiunt eius, qui fundi dominus fuit. *L. quiescit, §. 1. D. de usur.* Quapropter cum Papinianus a bonis, de quibus locutus erat, separet & distinguat fructus in his inventos, perspicuum est eum intelligere fructus in illis bonis inventos, quo tempore filius moritur. Et verum est, hos fructus etiam ad substitutum filii pertinere: dummodo fructus in hereditate patris eo tempore inventos, intelligamus eos dici, qui in hereditate eo tempore pendent, non autem qui ante a filio percepti sunt. Ut corpora, quæ patris fuerunt, hereditaria sunt, ita & fructus eorum corporum pendentes. Proinde ut hereditas patris ad substitutum pertinet, sic & fructus eius hereditatis pendentes. Qui autem fructus vivo filio percepti sunt, hi non pertinebunt ad substitutos, duabus de caussis. Primum; quia amplius non reperiuntur in hereditate patris, utpote ab ea separati. Deinde; quia percepti a filio, qui dominus erat bonorum paternorum, ei quoque eadem opera acquisiti sunt, ut sint pars hereditatis eius, non paternæ *d. L. qui scit, §. 1. D. de usur.* Non obstat hæc lex, quæ de bonis tantum loquitur, quæ patris fuerunt, cum moreretur. Loquitur enim solum de corporibus, non de fructuum præstatione. Corpora ipsa hereditaria si spectamus, ea solum ad substitutum pertinent, quæ fuerunt patris, quo tempore is moritur.

Videamus, † quo iure hæc bona ad substitutum pertineant. Ait enim rescriptum, *veluti ex caussa fideicommissi peti posse*. Quæ verba errori communi ansam præbuerunt: fecerunt enim, ut existimarent vulgo interpretes bona hæc in substitutione proposita ad substitutos pertinere non iure directo, sed iure fideicommissi. Et cum illis obiicitur privilegium militis, quo privilegio miles etiam heredibus a se institutis, & exsistentibus substituere alium potest: respondent hic substitutionem directo factam redigi ad caussam fideicommissi propter matrem filii intermediam. Quæ sententia explodenda est: adversatur enim cum manifestæ rationi, tum manifestis locis iuris, & maxime etiam huic loco. Ius certum est, militem heredibus 10

a se

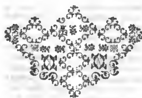
a se institutis alium heredem substituere directo posse in secundum casum. *d. L. milites*, & *L. miles ita heredem*, *D. de test. milit.* Porro in specie hic proposita, ut narratur factum in principio rescripti, miles filio suo secundum heredem scripserat, idest, directo substituerat heredem, his verbis, *si filius meus decesserit intra pubertatem, aut postea, Titius heres esto.* Ut igitur miles substituit directo, ita & directo substitutio valebit. Declaratur vero id evidentissime in *d. L. centurio*, *D. de vulg. subst.* ubi scribitur in eadem hypothesi bona patris ad substitutum pertinere ex privilegio militum. Si ex privilegio, certe non fideicommissi iure. Nam ubi fideicommissum relictum est, fideicommissum iure communi valet etiam post pubertatem, non autem ex privilegio. *§. ult. Inst. de sing. reb. per fideicomm. relict. §. ult. Inst. de pup. subst.*

Et ridiculum est, quod vulgo dicunt, propter matrem filii superstitem directam substitutionem a milite factam obliquari. Hoc enim perspicue dicitur adversus notum privilegium militare. Sed & hinc magis falsum esse intelligemus. Nam si substitutio, & institutio directa militis valet iure directo etiam adversus filios militis, ut valet: *L. sicut*, & *L. seq. si pr. de test. milit.* multo magis valebit adversus uxorem militis, ad quam nullo iure hereditas militis pertinet. Hæc eadem sententia aperte verbis huius rescripti confirmatur. Nam hæc verba, *velut ex caussa fideicommissi*; verba sunt similitudinis. Nullum autem simile est idem. Quare si bona patris in proposito petuntur, veluti ex fideicommissi caussa, non dubium argumentum id est, hic fideicommissum non esse; alioqui dicendum fuit bona hæc peti ex caussa fideicommissi, non velut ex caussa fideicommissi. Quod si hic fideicommissum non est, necesse est directam substitutionem relinqui, quæ hic statuatur, nihil est enim medium *d. §. ult. Instit. de sing. rebus, per fideicomm. rel.* Et hinc est, quod Imperatores dicunt, hæc bona a matre peti posse. Petendi verbo proprie actio in rem significatur; *L. actio in personam, D. de obl. & act. L. pecuniæ. §. actionis. D. de verb. sign.* si actio in rem substituto datur ad hæc bona patris petenda, indicio est etiam nondum restitutis illis bonis substitutum eorum dominum esse; quoniam in rem actio nisi domino non competit. *L. in rem, D. de rei vind.* Non potuit autem substitutus recta a testatore dominus fieri, nisi voluntate in eum collata directo, *§. ult. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.*

11 Quid est ergo † quod dicunt Imperatores, *bona hæc peti posse velut ex caussa fideicommissi?* Additum hoc est convenientissime, ut intelligeremus, non omnia bona filii pertinere ad matrem, sed ea tantum, quæ propria essent filii: bona autem patris sola in restitutionem venire. Quippe idem fieret, si pater miles filium heredem instituisset, & eum rogasset hereditatem suam restituere Lucio Titio post mortem suam. Ex hoc, inquam, fideicommisso bona tantum patris restituenda essent: propriæ autem facultates filii fideicommisso non continerentur, ut est in *L. coheredi*, *§. cum filiæ*, *D. de vulg. & pup. subst.* Sed & illud huic restitutioni cum restitutione fideicommissi convenit, quod si fideicommissum relictum esset a filio testamento patris militis, omnia bona patris restitui deberent ex fideicommisso non imminuta ex Lege Falcidia, seu senatusconsulto Trebelliano, quia in testamento militis cessat Lex Falcidia, *L. in testam. supr. de test. mil.* Sic & hoc loco ex substitutione directa militis, quæ post pubertatem facta est, omnia bona patris ad substitutos pertinent. Ex quo apparet, non alium sensum esse horum verborum, *velut ex caussa fideicommissi*, quam hunc: nimirum in proposito bona patris a matre peti posse, & restitui debere similiter, uti peti possent, & restituerentur, si pater filio herede instituto eum rogasset, cum moreretur, hereditatem suam restituere Lucio Titio: id est, in summa, restitutionem hanc similem esse restitutioni fideicommissi. Unum dissimile est in fructibus. Nam ex substitutione directa militis, de qua nunc agitur, ut bona ipsa patris ad substitutos pertinent; ita & fructus inventi in hereditate patris, quo tempore filius moritur. In restitutione autem fideicommissi fructus non veniunt, nisi ex quo tempore mora facta est. *L. in fideicommissaria, D. ad Trebell.* Sed id non adversatur huic loco. Nam, ut dixi, loquuntur Imperatores de restitutione bonorum, non etiam de restitutione fructuum. Verum est autem in restitutione bonorum privatorum, idest, corporum ipsorum, omnia esse directæ substitutioni, quæ post pubertatem facta est, similia cum fideicommisso. Nihil igitur hæc verba, *velut ex caussa fideicommissi*, obstant, quominus in proposito intelligamus bona patris ad substitutum pertinere iure directo, non fideicommissi, ex privilegio militum.

12 Magis † obstare videri possunt ista verba, *te eius hereditatem obtinente*, quibus significatur matrem obtinere hereditatem

tatem filii. Obtinere autem est iure obtinere: & hereditas filii non tantum propria bona filii continet, sed etiam hereditatem patris; quæ postquam filius heres exstitit, cœpit esse in patrimonio filii, cœpitque ex utraque una hereditas fieri. *d. L. sed si plures, §. filio, D. de vulg. & pup. subst.* Et concedendum est hoc ita esse, si in his verbis *obtinendi* verbo intelligeremus iure hereditatem obtineri a matre, & præterea hereditatis verbo totam hereditatem filii acciperemus. Sed neutrum necesse est sic accipi, cum possit alius esse sensus idoneus. Et vero potest hic esse sensus horum verborum duplex, & is quidem ad verba, & quæstionem propositam quam accommodatissimus. Unus, ut sic interpretemur, *Te eius*, idest eius solius filii hereditatem propriam obtinente, sitque hæc sententia: hereditas propria filii ad te pertinet in proposito, o mater; reliqua autem bona, quæ fuerunt patris, a te peti possunt, ut sic nihil amplius ad te pertineat, quam propria bona filii tui, ut appellantur hæc bona in *d. L. centurio, de vulg. & pup. subst.* Quæ sententia ut verbis convenit; ita per se verissima est, ac proinde accipienda, quia vitio caret, *L. in ambigua, D. de legib.* Esse etiam potest horum verborum alter hic sensus, non minus vitio carens, quam prior, ut intelligamus hic conditionem esse, *si hereditatem filii obtines, o mater*. Est enim hic ablativus absolutus, *te obtinente*. Dici autem vulgo solet, & verum est ablativos absolutos resolvi in conditionem, ut, *restituas hereditatem fundo retento*, vel *pecunia accepta*, idest, cum fundum retinueris, vel pecuniam acceperis: seu si retinueris, si acceperis, *L. a testatore, D. de cond. & demonstr.* Quo modo interpretantibus erit hæc sententia, *si hereditatem totam filii, o mater, obtines*, idest, tenes, possides; *bona patris, quæ in ea hereditate sunt, a te peti possunt*. Recte vero, & necessario ad hanc petitionem dandam superior conditio adiecta est. Nam ut quis vel res singulas, vel hereditatem possit vindicare, non est satis eum, qui vindicat dominum esse vel rerum singularum, vel hereditatis, sed opus est, ut is, a quo hereditatem petit, possideat pro herede, vel pro possessore, *L. regulariter, & seq. D. de her. pet.*



Ad L.

Ad L. Humanitatis, 9.

Imp. Iustinian. A. Mennæ PP.

Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut si filium nepotem, vel pronepotem cuiuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius, vel filia, nepos, vel neptis, pronepos, vel proneptis, mente captus vel mente capta perpetuo sit: vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat: liceat iisdem parentibus legitima portione, ei vel eis relicta, quos voluerint his substituere: ut occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur: ita tamen ut si postea resipuerit, vel resipuerint: talis substitutio cesset. Vel si filia aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint: non liceat parenti, qui, vel quæ testatur, alios quam ex eo descendentes unum vel certos, vel omnes substituere. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes; ex his vero personis quæ mente captæ sunt, nullus descendat ad fratres eorum unum, vel certos, vel omnes eandem fieri substitutionem oportet. Dat. III. Id. Decemb. Constantinop. D. N. Iustiniano A. PP. II. Cons.

SUMMARIA.

1. *Summa huius constitutionis, rerumque partitio.*
2. *Parentes, quibus modis, quave ratione liberis mente captis substituant.*
3. *An omnes parentes illo modo substituere possint. An & mater & avus. Et quid si plures sint parentes liberorum mente captorum, quorum ex iis testamentum valeat.*
4. *Beneficium huius legis an ad furiosos quoque pertineat.*
5. *An quoque ad prodigos, surdos & mutos.*
6. *Liberi mente capti, quibus pater in secundum casum substituit, ut valeat substitutio, oportet, ut mortuo testatore non sint in potestate alterius parentis cuiusquam.*
7. *Mente captis liberis quibus conditionibus substituere liceat.*
8. *Mente capti si ex minori parte, quam legitima instituti sint, an nihilominus substitutio valeat.*
9. *Mente capti si resipiscant post substitutionem, deinde recidivi fiant, atque decedant, utrum substitutio evanescat, maneatve.*
10. *Substitutio mente captorum quid distet a substitutione pupillari, & n. 3. & 7.*
11. *Item cur tam multum distet a pupillari.*
12. *Qui huius substitutionis effectus.*

1 SUmma † constitutionis hæc est: permittitur hac lege parentibus liberis suis mente captis, quanvis puberibus, heredibus prius non minus, quam ex portione legitima institutis, substituere in secundum casum; *si heredes erunt, & in eadem valetudine decesserint*. Et substituere his quemlibet, præterquam si liberi mente capti filios habeant, aut fratres ex eodem parente testatore natos. Nam si filios habent, hi substituendi sunt: si non, substituendi sunt fratres; dum tamen intelligamus sufficere unum aliquem ex his substituere, neque necesse esse substituere omnes. Et hoc permissum ad exemplum pupillaris substitutionis, eadem ratione. In his multa quæruntur ad explicationem constitutionis, quæ ut recte & ordine explicari possint, partes huius iuris nobis distinctæ excutiendæ sunt. Sunt autem hæc, de quibus quæritur. I. Quod genus substitutionis hic permittatur parentibus; & qua

qua ratione. II. Qui possint hoc modo substituere. III. Quibus possint. IV. Qua lege & quibus conditionibus. V. Quos possint substituere. VI. Huius substitutionis recte constitutae quis sit effectus.

Primo loco genus substitutionis obser-
2 vandum est. Permittitur † parentibus liberis mente captis substituere, non in hunc casum, *si heredes non erunt*, quod supervacuum fuerit; cum hoc modo quis substituere possit quibusvis heredibus a se institutis; sed in hunc casum, *Si liberi heredes erunt, & postea antequam resipuerint, sive mentis compotes facti sint, decesserint*, quod contra rationem iuris constitutum est, ut initio huius tit. dictum. Recte autem id permissum est hac constitutione, quod prius non licebat, nam haec substituendi facultas prius impetrari solebat a principe, *L. ex facto, D. de vulg.* Introducendae autem huius constitutionis aequitas haec fuit, quod liberi mente capti etiamsi aetate puberes sint, tamen non magis testamentum facere possunt, quam impuberes, proinde aequum hic quoque fuit, ut parentes ipsis facerent, *§ qua ratione, Inst. de pupill. subst.* Et hac ratione dicitur haec substitutio introducta esse ad exemplum pupillaris substitutionis; nam alioqui in multis, vel in singulis fere partibus distat hoc genus substitutionis a pupillari.

3 Videndum est, † qui possint hoc modo substituere liberis. Et generaliter hoc permissum est parentibus omnibus sine distinctione sexus, aut gradus. Nam & matri eadem substitutio permittitur, & avo, & aliis parentibus in infinitum, de quibus expressum est *in pr. const.* De sexu constat ex *vers. pen. & ult.* ubi nominatim, *qui* vel *quae* testator, & testatrix dicitur, qui hoc modo substituerit. Unde & intelligimus parentes hoc modo substituere posse liberis, etiamsi liberos in potestate non habeant, nam foeminas constat liberos in potestate non habere, *§. foeminae, Inst. de adopt.* In quo primum discrimen observandum est inter hanc substitutionem, & pupillarem. Nam parentes liberis substituere possunt in secundum casum, sed iis solum, quos in potestate habent, *L. 2. de vulg.* Quod si plures sint parentes liberorum mente captorum, an omnes possunt hoc modo substituere mente capto? nam constitutio parentibus in universum permittit. Resp. Non posse, quoniam haec substitutio est testamentum filii mente capti, ut appellatur in hac constitutione, quia si licet omnibus parentibus hoc modo substituere liberis, liberi decederent, pluribus testamentis relictis, quod ius civile in paganis non patitur, *L. quaerebatur, D. de test. mil.*

Quid ergo, si nihilominus plures parentes eiusdem filii mente capti hoc modo substituerent, puta pater, mater, avus, avia? Resp. Tunc dicendum, plus uno testamento ex his valere non posse. Cuius ergo testamentum valebit? Resp. Si is substituit, qui mente captum in potestate habet, huius substitutio valebit, quoniam in eandem personam & naturalia & civilia iura concurrant: sin omnes parentes iure potestatis pares sint, admittetur solius patris substitutio, si is substituerit; secundo loco matris, deinde caeterorum parentum, ut quisque gradu propior erit, argum. in *L. 2. vers. quaerebatur, D. de senatusc. Treb. & L. ult. in pr.* supr. *de cur. fur.* Quid si mater, quae sola substituerit filio mente capto, iterum nupserit, & induxerit vitricum filio mente capto? Resp. verba constitutionis etiam hanc substitutionem admittunt. Et haec mater parens est. Sed probo iuxta communem existimationem, huius matris substitutionem recipi non debere, quoniam cui non permittitur bonorum administratio filii, dum filius vivit, huic permittenda non est morte filii. Huc pertinet *L. 9. tutores, §. pen. supr. de administ. tut. L. 1. supr. ubi pupill. educ.*

Tertium caput est, quibus parentes substituere possunt? Et placet liberis puberibus, mente captis. Mente capti qui sint, notum est. Sed quoniam constitutio de mente captis solum loquitur, & multi sunt puberes liberi, qui quamvis mente capti non sint, tamen sibi testamentum facere non possunt: ideo de iis si quaesitum est, an ad eos quoque porrigi possit beneficium huius legis, utpote in quibus eadem ratio sit: & certi iuris sit, in quibus caussis eadem ratio est, idem ius admittendum esse, *L. illud, ad L. Aquil.* Ac † primo 4
quaesitum est, quid si liberi sint furiosi; nam furiosi distinguuntur a mente captis in *L. furiosi, supr. de nupt.* Resp. iis multo magis substitui posse ex hac constitutione, verbis substitutionem admittentibus, non solum sententia. Nam furiosi sunt mente capti: distant quidem mente capti a furiosis, sed ut distat genus a specie. Nam mente capti genus est, furiosi species: nam non omnes mente capti furiosi sunt, sed omnes furiosi sunt mente capti: nam in his est abalienatio mentis communis omnium mente captorum, sed ad hanc amplius accedit furor: ita plus est furiosum esse, quam mente captum.

Unde

Digitized by Google

Unde factum est, ut quod olim de furiosis constitutum erat, dubitaretur, an pertineret ad omnes mente captos, quæ dubitatio est *d. L. si furiosi, supr. de nupt.*

5 Quid si liberi erunt prodigi, † quibus bonis interdictum sit, nam & ii testamentum facere non possunt, *§. item prodigus, Inst. quib. non est permissum*, & tamen non videntur esse menti capti? Resp. Et in his hanc substitutionem admittendam esse, quoniam & hi in bonorum administratione furiosorum loco habentur, *L. his qui, §. ult. D. de tut. & curat. dat.* ut si substitutio admittitur in furiosis, ex verbis huius legis admittenda sit etiam in prodigo. Quid si liberi erunt surdi & muti, cum & ipsi testamentum facere non possint, *L. discretis, supr. qui testam. fac. possunt.* Et vulgo admissum est, parentem hoc modo substituere posse eo, quo hic constitutum est: quia & in his eadem ratio sit, quæ in superiori. Non recte, nam hi sunt sana mente, constitutio autem de mente captis loquitur. Nihil ad rem pertinet, quod & hi testamentum facere non possunt: nam animadvertendum erat, quod hic permittitur in filiis mente captis, singulare ius esse, contra rationem iuris communis introductum. Certi autem iuris est, quod contra rationem iuris constitutum est, non esse producendum ad consequentias, id est, non esse transferendum ad casus, quantumvis similes, *L. quod contra, de reg. iur. L. quod contra, & 2. LL. seqq. D. de legib.*

6 Non est † satis liberos, quibus pater substituit in secundum casum, esse mente captos; sed oportet etiam esse huiusmodi, ut mortuo testatore non sint in potestate alterius parentis cuiusquam. Finge hac ratione: mente captus patrem & matrem habet, estque in potestate patris; sola mater eo filio herede instituto, ei substituit, *si heres erit, & in eadem valetudine decesserit:* dicemus substitutionem non valere. Idemque dicendum est, si avus filium heredem, & ex eo nepotem habeat mente captum, utrumque in potestate, & nepoti substituit in supra scriptum casum, nam mortuo avo nepos recidit in potestatem patris, *in pr. tit. Inst. quib. mod. ius, &c.* quamobrem substitutionem evanescere dicimus. Nihil quidem de hac re comprehensum est hac constitutione, sed ex verbis, & sententia facis colligitur. Nam constitutio permittit parentibus liberis mente captis testamentum facere, & substituere heredem: non permittitur hoc, nisi in iis liberis, qui decedentes heredem habere possunt, quoniam habent bona, filii autem similem heredem habere non possunt, ut dixi ad *L. si testamento, supr. h. t.* Proinde hoc parte idem probandum est in hac quæstione, quod in pupillari, quo genere substitutionis dixi, non posse parentem substituere liberis impuberibus qui mortuo parente mansuri sunt in potestate patris, *L. 2. in pr. de vulg.*

Quartum caput est, † quibus conditionibus hic constituere mente captis liceat? 7
Et licet omnino tribus. Prima conditio est, si liberi non minore ex parte quam legitima instituti sint. Verba enim constitutionis hæc sunt, *legitima eis portione relicta*, quæ valent, si legitima eis portio relicta sit, in hanc enim conditionem ablativus absolutus resolvitur. *L. a testatore, de cond. & dem.* Quo exigit primum constitutio, ut liberi instituti sint: in quo rursum aliud discrimen notandum est inter hanc substitutionem, & substitutionem impuberum: nam parens impuberibus liberis substituere potest etiam exheredatis, *L. 3. §. 2. D. h. t.* Cur secus in mente captis constitutum sit, infra dicetur. Exigitur amplius, ut liberi instituti sint non minori ex parte, quam legitima. Ea fuit olim quarta eius portionis, quam quis habiturus esset ab intestato, *L. Papinian. §. quoniam, D. de inoff. testam.* Nunc triens, aut semis, pro numero liberorum, *Novell. de triente & semisse.*

Quid autem † si mente capti minori 8
ex parte instituti sint, quam legitima? Respond. Consequens est substitutionem non valere, cum enim lex aliquid fieri iubet, id intermitti vetat, proinde si contra factum erit, non valet, quod actum est, tanquam contra legem factum, *L. non dubium, sup. de legib.* Nec alia ratione placuit præteritis liberis, qui in potestate parentis sunt, testamentum nullius esse momenti. Cum enim lex liberos institui, aut exheredari iubet, simul præteriri vetat: unde consequens est, contra legem eos præteriri, eoque testamentum factum non valere. Non obstat, quod cum filius minori ex parte, quam legitima institutus est, placet institutionem valere, ut filius ad supplementum legitimæ agat. *L. omnimodo, sup. de inoff. testam.* Nam hic de institutione filii non agitur, sed de substitutione, quæ fit filio. Institutio ex minori parte facta valet; quia hanc tuetur *L. omnimodo.* Substitutio huic institutioni subiecta non valet, quia hæc infirmatur lege. Nihil etiam ad rem pertinet, quod filius *ex d. L. omnimodo* quartam supplere potest,

Digitized by Google

potest, aut trientem: nam ex hac constitutione non est satis, si liberi mente capti legitimam portionem quovis modo habeant; sed exigitur, ut eis credita sit, idest, ut habeant eam, non iure, sed iudicio testatoris.

Secunda conditio, seu cautio exigit, ut liberis mente captis substituatur, sub conditione, *si in eadem valetudine decesserint*. Nam si resipuerint, constitutione expressum est, substitutionem cessare. Quid
9 ergo si mente capti, quibus substitutio facta erat, resipuerint, deinde in eandem alienationem mentis inciderint, atque ita decesserint: utrum evanuit substitutio, an vere manere intelligitur? Secundum verba constitutionis prima fronte dici potest substitutionem evanuisse, quia verum est semel mente captos resipuisse. Et quanvis postea in eandem mentis alienationem incidant, tamen dici potest, non ideo magis substitutionem confirmari, quia semel evanuerit, & quod semel evanuit, tractu temporis non convalescit, *arg. §. 1. Instit. de inutil. stip. L. inter. §. factum D. de verb. obl.* Sed melius est substitutionem hoc casu valere. Quemadmodum enim in substitutione pupillari oportet impuberem duobus temporibus esse in potestate patris, & quo tempore ei fit substitutio, & quo tempore is moritur: media autem tempora non nocent, *L. coheredi, §. cum filio D. de vulg. L. si alienum, de hered. instit.* Sic in hac substitutione mente captorum probandum est sufficere, si duobus temporibus mente sint capti, & quo tempore fit eis substitutio, & quo decedunt. Cæterum media tempora ne noceant. Non obstant verba constitutionis, quibus dicitur *constitutionem cessare, si liberi resipuerint*; non quod cessare significet, & tempus & ius suspendi, nam cessare dicitur quod ipso iure, & omnino locum non habet, ut cum dicitur in testamento militis cessare Falcidiam; *L. in testamento, sup. de sup. de testam. milit.* sed quia hæc verba, *si resipuerint*, sic interpretanda sunt, si omnino resipuerint, ut sic in eandem alienationem mentis postea non recidant, nam qui recidunt, plane resipuisse dici non possunt.

Si tamen filius mente captus per id tempus, quo sanæ mentis fuit, testamentum fecerit: substitutio evanescit, quanvis postea in eundem morbum inciderit. Nam testamentum, quod prius fecit, nihilominus valet. Is autem plus uno relicto testamento, decedere non potest, *L. quærebatur, D. de test. milit.* & si quæritur utrum potius valere debeat; certi iuris est, eius potius testamentum valere debere, ne heredi sanæ mentis auferatur testamenti facto, *L. ex facto, D. de vulg.*

Tertio cautio, seu conditio exigit, ut pater prius sibi testamentum faciat, idest, sibi prius heredem instituat testamento, & ita instituat, ut testamentum valeat, & ex eo hereditas adeatur. Id quidem non exprimitur hac constitutione, sed verbis significatur; nam constitutio permittit parentibus, substituere liberis. Non est substitutio, nisi sibi prius parens heredem instituat. Hinc intelligimus ipsum sibi prius heredem instituere debere, *L. 2. in fin. de vulg.* Et quoniam exigimus, ut heredem sibi testamento instituat, simul exigimus, ut testamentum valeat, & exitum habeat, nam pro non facto est, quod iure non valet. Denique intestatus decedere dicitur, qui ita fecit testamentum, ut idem non valeret. *Inst. de her. quæ ab intest. in pr.* Proinde quæ de testamento patris dicta sunt, institutionem impuberis nimirum in eo præcedere & valere oportere, *L. si testamento, supr. h. t.* huc omnia recte transferentur.

Supra constitutum est, quod possint parentes liberis mente captis substituere, item constitutione expressum est licere quoslibet substituere. In initio excipitur, nisi mente capti filios habeant, aut fratres ex eodem testatore parente natos: nam si liberos habent, ii iubentur institui, fratres item, vel unus, vel certi, vel omnes. Ex quibus verbis perspicuum est, si mente capto plures filii sint, non tamen necesse habere patrem omnes liberos eius mente capti substituere, sed sufficit instituere vel unum ex illis. Sed hic occurritur ex iure communi: nam hæc substitutio est testamentum mente capti patris, iam si liberi eius sint præteriti, testamentum nullius est momenti, *tit. de exher. lib. Inst. L. inter de lib. & post.* Hæc obiectio movit Accursium & plerosque alios, ut hoc loco interpretarentur, non omnes liberos mente capti necesse esse substituere, si modo hi ex iusta caussa exheredentur.

Sed hæc sententia manifestis verbis huius constitutionis refellitur, nec tantum verbis, sed manifesta etiam sententia. Nam primo fit potestas unum tantum instituendi, vel certos. Quo significatur, esse in potestate testatoris non omnes instituere, nec exigimus, ut qui non instituuntur, exheredentur: nam exigere, ut exheredentur, nihil aliud est, quam exigere, ut instituantur. Ideo enim exigimus, ut exheredentur liberi, quia volu-
mus

Digitized by Google

mus eos institui, nisi exheredentur, *d. tit. de exhered. liber.* Propterea in hac constitutione verbis expressum est, ita licere parentibus substituere liberis mente captis, ut adversus eorum testamentum querela inofficiosi testamenti non competat. Quæ verba ad alios referri non possunt, quam ad eos, quibus alioqui adversus testamentum sani hominis competeret inofficiosi testamenti querela: hæc tamen competit liberis merito exheredatis, & inde intelligi oportet etiam liberis mente captis, vel præteritis, vel immerito exheredatis in substitutione mente capti facta, nihilominus substitutionem manere, nec rescindi eam querela inofficiosi testamenti.

Additur & hoc verissimum argumentum. Nam si dicimus licere aliquos liberos mente capti non substituere, si modo iusta ex caussa exheredentur: licebit etiam dicere licere nullum instituere. Intelligimus enim hanc conditionem, si modo omnes exheredentur, quod est adversus manifestam sententiam huius loci. Verissimum igitur est, verba constitutionis remedium esse, ut quanvis mente capto patri plures sint filii, tamen possit pater mente capti unum tantum ex eis liberis substituere, ut nihilominus substitutio valeat, quanvis sine caussa cæteris præteritis. Non obstat, quod liberis testamento patris præteritis testamentum nullius momenti est; nam hæc substitutio, quæ fit mente capto, est testamentum eius, qui substituit, nam is testamentum mente capto facere intelligitur, non mente captus sibi. Hæc Papiniani ratio est ad defendendum testamentum impuberis adversus querelam, quæ aut matri, aut fratri impuberis manere potest, in *L. Papin. §. sed nec impub. D. de inoffic. testam.* Nec dubium, quin hanc rationem senserit Iustinianus, cum dixerit adversus testamentum huiusmodi mente capti, querelam non dari, ad exemplum pupillaris substitutionis.

10 Et hoc rursum notandum est, † distare hac parte hanc a substitutione pupillari: nam in substitutione pupillari, potest pater filiis impuberibus, quos in potestate habet, & suos heredes, & extraneos substituere, prout velit, *L. sed si plures, §. quos, L. vel singulis, de vulg. subst.* Non male igitur hoc loco quæritur, cum hæc substitutio mente captorum introducta sit ad exemplum substitutionis pupillaris, cur † placeat tam multis in rebus, 11
etiam extra personas esse dissimiles? Resp. Cum hæc substitutio contra rationem iuris communis introducatur; consultum fuit, quam minimum in ea a iure communi recedere, etiamsi aliud constitueretur in substitutione pupillari. Quod si in hac constitutione amplius in aliqua parte constituitur, non alia huius rei ratio est quærenda, quam quod hæc constitutio est beneficium principis. Licet autem unicuique modum beneficio suo statuere, quem voluerit.

Substitutione mente captis rite facta secundum formam supra scriptam, restat postremum, ut de † effectu videamus. Is 12
est in eo, ut intelligatur, quatenus substitutio valeat, & ad quæ bona filii mente capti substitutus admittatur. Prius expressum est in hac substitutione, cum dicitur, ita valere hanc substitutionem, ut ad exemplum pupillaris substitutionis, inofficiosi testamenti querela adversus eam non competat. Posterius ex eo intelligitur, quod hæc substitutio testamentum filii nominatur; sic testamentum filii est, si substitutus ei succedat, sive eius bonis; nam ut diximus ad *L. si testamento, sup.* id demum cuiusque testamentum est, in quo heres ei instituitur. Quod si ex hac substitutione succeditur filio mente capto, apparet substitutum non capere tantum bona patris, aut eius parentis, qui substitutionem fecit, sed filii quoque, undecunque a patre quæsita, idque ad exemplum pupillaris substitutionis, de qua ad *d. L. si testamento*, dixi.

Ad L.

Ad L. penultim.

Imp. Iuſtinian. A. Ioanni *præfecto prætorio.*

Cum quidam duobus impuberibus filiis ſuis heredibus inſtitutis adiecit, ſi uterque impubes deceſſerit, illum ſibi heredem eſſe: *dubitabatur apud antiquos legum auctores, utrumne tunc voluerit ſubſtitutum admitti, cum uterque filius eius in prima ætate deceſſerit: an alterutro decedente, ilico ſubſtitutum in eius partem ſuccedere. Et placuit Sabino, ſubſtitutionem tunc locum habere, cum uterque deceſſerit, cogitaſſe enim patrem primo filio decedente fratrem ſuum in eius portionem ſuccedere. Nos eiuſdem Sabini veriorem ſententiam exiſtimantes non aliter ſubſtitutionem admittendam eſſe cenſemus, niſi uterque eorum in prima ætate deceſſerit. Datum VI. Kal. Auguſt. Conſtantinop. poſt Conſulatum Lampadii & Oreſtis VV. CC.*

S U M M A R I A.

1. *Subſtitutus hoc modo,* ſi uterque inſtitutorum deceſſerit intra pubertatem, Titius heres eſto: *ſi unus tantum deceſſit, ſubſtitutio non admittitur in partem.*
2. *Contraria removentur & per tot.*

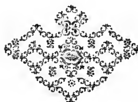
1 TEſtator † duobus filiis heredibus impuberibus inſtitutis, ita his ſubſtituit, *ſi uterque eorum deceſſerit intra pubertatem, Titius heres eſto.* Unus deceſſit. Quæritur, an ſubſtitutus in eius partem ex ſubſtitutione admittatur? Iuſtinianus Sabini ſententiam ſecutus conſtituit in hac ſpecie non prius ſubſtituto locum eſſe, quam uterque impuberum deceſſerit, quod & ipſum ſcriptum est in *L. qui duos, D. h. t.* Id non tantum ratio perſonarum, ſed etiam verba ſubſtitutionis exigunt, nam cum hic una ſubſtitutio ſit facta, ſub conditionibus duabus, ſed coniunctim adſcriptis: omnes impleri oportere, ut ſubſtitutioni locus ſit, §. *pen. Inſt. de hered. inſtit. L. ſi heredi, de condit. & ſubſtit.* Dubitatio nata videri poteſt ex eo, quod ſcriptum eſt in *L. falſa, D. de cond. & demonſt.* ubi traditur pluralem orationem reſolvi in plures ſingulariter, ut cum teſtator dicit; *Stichum & Pamphilum do lego, ſi mei erunt, cum moriar,* tantum valeat, ac ſi teſtator ita dixiſſet ſeparatim, *Stichum do lego, ſi meus erit, cum moriar, & item Pamphilum, ſi meus erit, cum moriar.*

Huic ſententiæ conveniens eſſe videri poteſt, ut hanc ſubſtitutionem, *ſi uterque intra pubertatem deceſſerit,* ſic accipiamus, quaſi dictum eſſet: *Si impubes deceſſerit, Titius heres eſto,* rurſum, *ſi alter poſterior item impubes deceſſerit, idem Titius heres eſto.* Sed hoc tantum abeſt, ut colligatur ex ſuperiori dicto, ut potius contrarium ex eo efficiatur. Nam cum teſtator ita dixit ſemel, *Titius heres eſto,* hæc ſingularis, non pluralis oratio eſt. Proinde una ſubſtitutio, non plures. At cum dixit, *Si uterque impuberum deceſſit;* fatemur hanc orationem, quæ collectiva eſt, pluralem orationem habere, quaſi dictum eſſet, *Si ambo impuberum deceſſerit,* & hanc orationem reſolvi in has duas, *ſi prior impubes deceſſerit,* & *ſi poſterior item impubes deceſſerit.* Sed utraque oratio nihil, niſi duas conditiones efficit diverſas, eaſque coniunctim adſcriptas, ut efficiatur una ſubſtitutio ſub duabus conditionibus coniunctim adſcriptis. Quod ſi verum eſt, conſtituitur magis ſententia huius loci, & ratio ea, quam reddidimus.

Obiiciuntur huic † ſententiæ tres potiſ- 2
ſimum loci, *L. pen. D. de iniuſt. rupt.* ubi duobus heredibus inſtitutis ſubſtituti dati proponuntur, & uno herede deficiente, reſpondetur ſubſtitutum in partem eius admitti. Sed locus ad rem nihil facit, nam proponuntur pluribus heredibus inſtitutis ſubſtituti dati, unde intelligimus, ſingulis heredibus ſingulos ſubſtitutos datos,

tos, non sub hac conditione, *si omnes heredes decesserint*, sed, *si singuli*. Obiicitur etiam *L. Lucius*, §. *Caio ad Trebellian.* ubi duo heredes instituti Seius & Titia, ita rogati sunt restituere hereditatem, *Rogo vos Sei & Titia, post obitum vestrum hereditatem restituatis primo & secundo*. Hæc verba, *post obitum vestrum*, hoc exprimunt, *cum obieritis*. Hæc autem oratio conditionem habet, *si obieritis ambo*, *L. si Titio. D. quando dies Leg. ced.* Et tamen respondetur, ut fideicommissum debeatur primo & secundo, non esse exspectandum, dum Seius & Titia ambo decesserint, sed uno demortuo, fideicommissi eius partem deberi. Hic locus nihil obstat. Hic enim sunt duo fideicommissa separatis conditionibus relicta: cum enim testator ita scribit: *Sei & Titia restituatis:* perinde est, quasi sigillatim dixisset: *Sei restituas post obitum tuum, & tu item Titia post obitum tuum*, itaut sunt plura fideicommissa, ita plures conditiones distinctæ. Hic autem agimus cum una substitutio est, in qua substitutus vocatus est, si uterque heredum decessisset, idest, sub duabus conditionibus coniunctim adscriptis.

Maxime adversari videtur *L. heredes mei*, §. *cum ita*, *ad Trebellian.* ubi duo filii heredes instituti sunt a patre, & fideicommissum ab illis relictum nepti, semel & una oratione, sub conditione, *si uterque filiorum sine liberis decesserit:* unus decessit relicto filio, alter decessit sine liberis. Secundum verba & ita secundum sententiam huius legis dici debuit, nepti nihil deberi, quia uterque filiorum non decesserit sine liberis, quod conditio fideicommissi, & substitutionis exigebat. Nihilominus illic respondetur: neptem in partem novissimi filii sine liberis decedentis admitti. Sed ne hic quidem locus obstat. Nam Papinianus ibidem testatur, secundum verba conditionis, neptem admitti non debuisse, neque in totum, neque in partem, in quo aperte sententiam huius rescripti confirmat: sed putat neptem in partem admitti propter voluntatem testatoris, quem verisimile sit in specie superiori voluisse ut neptis, vel utroque vel altero filio sine liberis mortuo admitteretur saltem in partem, & hanc voluntatem intelligi hic argumentis duobus. I. Quia duæ illis factæ sunt substitutiones: una qua frater superstes fratri substituitur, si prior frater sine liberis decederet. Altera substitutio, qua substituitur neptis, si uterque filiorum sine liberis decesserit. Prior substitutio defecit, quoniam frater priori loco decessit relictis liberis, ex quo consequitur, posteriori constitutioni ex substitutione avi locum esse debere. Deinde, si uterque fratrum sine liberis decessisset novissime, hereditatem totam haberet neptis. Consentaneum igitur est, si novissime filius decesserit sine liberis, neptem saltem eius habere debere.



Ad. L. ultim.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *præfecto prætorio*.

Si quis duobus heredibus institutis filio suo impuberi eos una cum alio tertio substitueret, & verba testamenti ita composuerit: quisquis mihi heres erit, & Titius filio meo heres esto: *secundum quod apud Ulpianum invenimus. Mortuo impubere filio quærebatur, quomodo ad substitutionem vocentur tres substituti: utrumne duo priores, qui & patri heredes fuerant scripti in dimidiam vocentur, tertius in reliquam dimidiam: an tres substituti, unusquisque ex triente, ad substitutionem vocentur? Alia applicata dubitatione, si quis heredem ita scripserit,* Titius una cum filiis suis, & Sempronius heredes mihi sunto, *& in præsenti enim specie quærebatur secundum Ulpianum, voluntas testantis utrumne Titium una cum filiis suis in dimidiam vocet, & Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem. Nobis autem in prima quidem specie videtur tres substitutos, unumquemque in trientem vocari: in secunda autem specie, cum & natura pater & filius eadem esse persona pene intelligantur, dimidiam quidem partem Titio cum filiis suis, alteram autem partem Sempronio adsignari. Dat. VI. Kal. August. Constantinop. post Consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

S U M M A R I U M.

1. *Pluribus heredibus institutis, aut substitutis sive coniunctim, sive disiunctim, quæ partes inter eos faciendæ sint.*

QUotles plures heredes instituti, aut substituti sunt, & quidam instituti coniunctim, alii disiunctim, & quæ-
1 ritur de partibus hereditatis, † quæ inter eos faciendæ sint: ita veteres definiverunt, coniunctos unius personæ partem tantum ferre, idest, non plus accepturos, quam si una persona esset instituta, ut puta testator ita scripsit: *& primus & secundus heredes sunto, Sempronius heres esto.* Hic tantum duo semisses fient, ex quibus semper hic unum solidum capiet, alterum primus & secundus: ut sic ambo non plus capiant, quam si unus esset institutus, quod sunt coniunctim scripti. Regula hæc in legatis traditur in *L. plane, in pr. de leg.* 1. Valet non minus in institutionibus heredum: exempla sunt in *L. Attius L. interdum, in pr. §. ult. de hered. instit.*

Ut autem plures heredes coniunguntur particula, & aut similibus coniunctionibus, ut in exemplo subiecto: ita coniunguntur nomine appellativo & collectivo, vel plurali plures eiusdem generis homines sub se continente: utputa testator plures heredes scripsit, & duos deinde ita substituit filio suo impuberi: *heredes a me scripti & Sempronius filio heredes sunto.* Hic eædem partes fient, quæ supra, nempe semisses, ex quibus unum ferent heredes testatoris, alterum integrum Sempronius, *dict. L. interdum, in pr. de her. instit.* Hoc ideo, quia heredum nomen collectivum, & idem coniunctivum est, quo scilicet plures colligantur in unum corpus, & una ratione, idem confirmatur in *L. si quis in pr. de usufr. accresc.* Hinc nata est dubitatio huius coniunctionis, an idem dicendum sit, si testator filio impuberi ita substituerit heredem: *quisquis mihi heres erit, & Sempronius filio meo heredes sunto.* Non enim videtur referre, utrum testator dixerit, *omnes heredes mei*, an vero, *quisquis mihi heres erit.* Et Iustinianus con-

tli-

Digitized by Google

ftituit non idem effe, fed fi duo heredes teftatoris fuerint, & his adiectus Sempronius: pro numero perfonarum, & capitum hereditatem impuberis dirigi. Itaque non duos femiffes fieri, fed tres trientes, ex quibus finguli beredes unum ferant.

Recte Iuftinianus. Ratio enim differentiæ non eft obfcura, nam hæc oratio, *heredes mei*, collectiva eft, & proinde coniunctiva: verbum autem *quifquis*, diftributivum eft, ac proinde diiunctivum. Cum enim teftator dicit: *quifquis mihi beres erit:* perinde eft, quafi ita dixiffet: *five hic mihi beres erit, five ille, five omnes, quos fcripfi heredes, & Sempronius, heredes funto*, quam orationem totam effe difiunctivam apparet. Ex eo quæfitum eft de hac forma, fi teftator impuberi filio ita fubftituit, *Titius & Sempronius cum heredibus meis filio meo impuberi heredes funto*, an hic Sempronius, & heredes fint coniuncti in unum corpus, ac proinde unius perfonæ vice fungi debeant; ut fic hereditas dividatur in duos femiffes, ex quibus unum capiat Titius, alterum Sempronius cum heredibus teftatoris? Et placuit in hac oratione heredes non magis coniungi cum Sempronio, ac cum Titio, fed perinde habendum, quafi teftator ita dixiffet: *Titius & Sempronius & heredes mei filii heredes funto*. Proinde hereditatem filii in tres trientes dividendam effe, ex quibus primum habeat Titius, alterum Sempronius, tertium heredes fcripti. Quod diferte fcriptum eft in *d. L. fi quis avo, in fin. de ufufr. accref.*

Hinc altera dubitatio huius conftitutionis, an idem probandum in hac fubftitutione: *Filius cum filiis fuis, ac Sempronius heredes funto?* Et Iuftinianus conftituit hic duas tantum effe partes faciendas, ex quibus una pars ad filium, cum filiis eius, altera folida ad Sempronium referatur. Hic obiicitur *d. L. fi quis avo de ufufru. accrefc* Refpondeo: diffimiles effe fpecies borum locorum. Nam hic filius nominatus eft cum filiis fuis, hic filii in unam orationem, & unum corpus coniunctim intelliguntur, non propter conditionem orationis, fed propter conditionem perfonarum. Nam filii cum patre coniuncti funt, filii autem & patris una & eadem perfona intelligitur, quæ ratio redditur in hac conftitutione, qua fatis admonemur, non idem etiam dicendum fuiffe, fi alii extranei cum Titio coniuncti effent: veluti fi ita dictum effet, *Sempronius & Titius cum heredibus meis heredes funto*.

AD TITULUM XXVII.

COD. DE NECESSARIIS SERVIS HEREDIBUS INSTITUENDIS.

SUMMARIA.

1. *Servus proprius inſtitui poteſt teſtamento a domino non aliter, quum cum libertate.*
2. *Domina adulterii eum ſervo commiſſi rea, eum heredem facere non poteſt.*
3. *Debitor, qui ſolvendo non eſt, heredem teſtamento ſervum inſtituere non poteſt.*
4. *Servus an ſine libertate heres inſtitui poſſit.*
5. *Liberti appellatio ſupponit manumiſſionem præcedentem.*
6. *Libertus quis ſit.*
7. *Dominus ſi aliquid legaverit ſervo proprio, an legatum inutile ſit, an vero valeat.*
8. *Quæ ſint ex libertate tacite data ex Iuſtiniani conſtit. conſectaria.*
9. *Duo concurrere oportere ut ſervus ſiat heres neceſſarius, & quæ ſint.*
10. *Servum fieri neceſſarium heredem quid ſit, & quam vim habeat.*

ETiam ſervus proprius teſtamento domini heres inſtitui poteſt, ut dictum *ad tit. de hered. inſt. tit. Inſtit. de he-*
1 *red. inſt.* Sed is † non aliter, quam eum libertate, ut idem prius liber ſit, deinde heres, quoniam non eſt teſtamenti factio, niſi eum civibus Romanis, *L.* 1. *ad L. Falcid.* Huius rei argumentum eſt, quod ſi ſervus a domino prius inſtitutus ſit, & libertas ei data ſit ſub conditione: inſtitutio heredis differtur in id tempus, quo libertas data eſt, *L.* 3. *§.* 1. *de her. inſt.* Quod confirmatur in *L. ult. hic*. Quia ante eventum conditionis liber eſſe non poteſt, nec poteſt eſſe heres domino, niſi prius liber ſit, ideſt, civis Romanus. Atque hinc etiam conſequens erat, ut deficiente conditione libertatis, ſervus neque liber fieret, neque eſſet heres. Sed Iuſtinianus hanc diſtinctionem adhibuit in *d. L. ult. infr.* ut ſiquidem ſervus liber eſſe iuſſus erit, ſub ea conditione, quæ in poteſtate eius eſſet, neque ei paruiſſet, non ſit liber, eoque nec heres. Sin libertas data ſit, ſub conditione, aut caſu alio, nihilominus deficiente conditione ſervus liber fiat, & heres, etiamſi hereditas ſolvendo non ſit. Interim hoc manet, non prius ſervum heredem futurum, quam ſi liber erit, eadem de cauſſa, quos quis teſtamento non poteſt manumittere, eoſdem nec heredes teſtamento poteſt inſtituere.

Hinc tria genera dominorum, qui ſervum proprium heredem inſtituere non poſſunt. Domina adulterii † eum ſervo 2
commiſſi rea, eum ſervum heredem facere non poteſt, quia & liberum facere prohibetur, *§. eſt autem caſus, Inſt. de hered. inſt.* Debitor, † qui ſolvendo non 3
eſt, heredem teſtamento ſervum inſtituere non poteſt, quia nec poteſt manumittere in fraudem creditorum, vetante L. Ælia Sentia, niſi unum inſtituat, qui ei heres ſit ſolus & neceſſarius, *tit. Inſtit. quibus ex cauſ. man. in pr. tit. de hered. inſtit. in pr.* Quod etiam confirmatur in *L. is, qui infr. h. t.* Et hic tantum additur exceptio, niſi is, qui ſolus heres inſtituitur, ſit aliis creditoribus pignori obligatus, *d. L. is, qui ſolvendo*. Et hoc tertium genus eſt eorum, qui ſervum manumittere non poſſunt, ſi qui ſervum pignori obligarunt, neque debitor, neque pignus alienando, neque manumittendo, neque legando, neque quovis alio facto deteriorem conditionem creditoris ſui facere poteſt, *L. debitor. de pignor.* Sed hoc ita, ſi modo ſervus obligatus ſit ſpecialiter: nam bonis generaliter tantum obligatis, licet domino etiam ſervum manumittere, ac proinde inſtituere, ut liber & heres fiat, *L. ab eod. inf. de ſerv. pig. dat. manumiſ. L. eſt differentia, D. quib. in cauſſis pig. tacite contrah.* Atque hæc omnia efficiuntur ex eo, quod nemo dominus ſervum proprium inſtituere poteſt, niſi cum libertate, & poſt conſtitutiones Iuſtiniani poſtremas.

Quid

4 Quid sibi vult † igitur, quod Iustinianus in *d. tit. de hered. instit. in pr.* ait; *Ex sua constitutione servum heredem institui posse etiam sine libertate?* nimirum hoc sentit, posse institui sine libertate nominatim adscripta. Hoc enim est, quod constituit præter ius, quod ius prius obtinebat: nam ita prius iuris erat, ut servus proprius institui non posset, nisi aperte ei etiam testamento libertas data esset, & hoc secundum plurium sententias, ut ibidem dicitur: ex quo nata est dubitatio & responsum *L. cum servi, infr. h. t.* Testator servus suos ita heredes instituerat: *Stichus & Pamphilus liberti mei heredes sunto*, neque adiecit, *& liberi sunto*. Quæsitum est, an institutio valeat? Resp. summo iure non valere, sed benigna interpretatione eam scripturam sic accipiendam, quasi testator heredes & liberos esse iusserit, sed hac ratione, quia instituit sub appellatione libertorum. Nam
5 liberti † appellatio supponit manumissio-
6 nem præcedentem. Est enim libertus is, † qui ex iusta servitute manumissus est. *tit. Inst. de libert.* Ex quo satis intelligitur, si sub hac appellatione heredes instituti non essent, heredes etiam futuros non fuisse, utpote inutili institutione constituta, cui libertas verbis adscripta non esset.

Sed Iustinianus constituit, ut etsi servi sine libertate instituti sint, idest, libertate nominatim non adscripta, tamen libertas tacite data intelligatur, ut instituti simul liberi fiant, & heredes, quemadmodum veteribus placuit, ut si servus proprius tutor datus esset, libertate non adscripta, nihilominus & liber & tutor esset. Hoc Iustinianus in *L. quidam in pr. & §. 1.* quia prius non obtinebat, merito scripsit, *§. idemque iuris, Inst. quib. ex caussis manumitt.* se hoc constituisse nova ratione. Recte *nova*, quæ prius non obtinebat: & tamen non minus vere idem scribit *sub tit. de hered. instit.* se hoc non induxisse, ut novam sententiam, & nullis iuris auctoribus ante probatam. Nova igitur constitutio est, si ius spectes, non nova sententia, si eo spectemus, quibus antea placuit.

Hoc autem iure posito consequens est, quod scribitur *in eadem L. quidam, §. sed cum vet. infr.* ut si testator servum testamento suo heredem instituerit, libertate non adscripta, deinde codicillis ei libertatem dederit, nihilominus is testamento, & liber fit, & heres. Ante constitutionem Iustiniani institutionem non valere, quia codicillis hereditas dari non potest, *§. codicillis, Inst. eod.* eoque nec libertas, ex qua hereditas consequitur: sed hoc post constitutionem Iustiniani non metuimus. Etsi enim etiam nunc frustra hereditas & libertas, per quam hereditas sequitur, codicillis detur, tamen codicillis libertatem datam in specie proposita nihil nocere. Nam etsi omnino libertas servo data non esset, nihilominus institutio valet ex superiori constitutione, tanquam libertate tacite data. Multo igitur magis valebit libertate codicillis data, etsi inutiliter data sit.

Per occasionem huius constitutionis quæsitum est, an si † dominus aliquid legaverit servo proprio, legatum inutile sit, 7
quasi libertate non data, an vero legatum valeat, quasi per legatum libertas tacite data sit, ut in institutione servi supra fieri dictum? De hoc Iustinianus cavit, ne idem ius exstet in legato, quod in institutione, ut si servo legatum datum sit non adscripta libertate, non ideo servus liber fiat, & tamen legatum ita valeat, ut præstetur servo hereditatis ratione, hoc in *d. L. quidam, §. sed cum vet.* vers. *illo etiam obs.* Sed cur non idem constituitur in legato, quod servo relictum est, quod constituitur in servi institutione, cum non magis iure civili servo heredi legatum dari possit, quam servus heres institui? Differentiæ ratio est, quia qui heredem instituit, sua caussa instituit, proinde qui heredem esse vult, ea etiam velle intelligitur, sine quibus heres esse non potest. At qui legat servo, servi caussa legat, & ideo non continuo velle intelligitur, ut liber fiat, quoniam potest testamentum non valere, ut nihil intersit testatoris. Huc accedit, quod servus heres esse non potest, nisi sit liber: at ex constitutione Iustiniani etiam servo legatum præstari debet, quanvis liber non fiat. Proinde etiam post hanc constitutionem manebit id, quod dicitur in *L. si servi, infr. h. t.* ut si servo proprio aliquid legatum sit, libertate ei nominatim non adscripta, non eo magis fiat liber, quanvis legatum ei datum sit sub appellatione liberti, de quo dictum ad *L. ex his verbis, supr. de test. milit.*

Ex eadem constitutione † de libertate 8
tacita data sunt & alia consequentia, de quibus cavet Iustinianus eadem *L. quidam.* In quibus est illud, ut si idem servus heres institutus sit a domino libertate non adscripta, & idem legatus eodem testamento, is nihilominus liber fit & heres, & quoniam non simul potest esse liber & legatus, fit etiam ut inutile sit legatum, hoc *in pr. & §. 1.* Non obstat, quod dicitur

citur in testamentis novissimam scripturam valere, *L. 12 §. ult. de Legat.* 1. hoc enim in libertate locum non habet. Nam si alicui libertas data sit, & idem sit legatus, ea scriptura valet, quæ tribuit libertatem, nisi manifeste appareat aliud sensisse testatorem, & hoc favore libertatis, *L. si pecul. præleg. §. ult. de milit. testam.* Eodem pertinet *L. quod dicitur, cum seqq. D. de condit. & demonstr.* Sicut autem Iustinianus voluit servum a domino institutum simul libertatem accepisse videri, proinde libertas legato prævalebit, unde eveniet, ut legato inutili instituto, servus & liber fiat & heres domino suo.

Ex eadem ratione consequens est, ut si idem servus pure legatus, sit & institutus heres sub conditione, legatum statim non sit inutile, sed expectari debeat eventus conditionis, sub qua servus heres institutus est. Id constituit Iustinianus in eadem *L. quidam §. ult.* in hoc exemplo: Dominus servum legavit Titio, eundem servum secundis tabulis substituit filio suo impuberi heredem, si filius intra pubertatem decesserit. Veteres in hac specie ita statuebant, primum hunc servum liberum non esse, quia non esset heres institutus adscripta libertate. Hinc consequens erat, ut legatum servi valeat. Quod ad substitutionem attinebat, quidam putabant omnino hic non valere, quod substitutus est servus proprius testatoris, sine libertate. Alii putabant valere, quod cum servus legatus esset, videretur substitutus esse servus alienus. Ex quo consequens erat, ut legatarius, idemque dominus huius servi legati efficeretur heres ex persona, posteaquam iussu legatarii hereditatem adiisset. Iustinianus omnia contra, utpote superiori suæ constitutioni consequentia. Nam primum ex constitutione servus heres institutus liber erit: hoc ipso, quod substitutus est libertate servo data, consequens est, ut legatum servi sit inutile, si modo conditio libertatis extiterit. Erat autem hæc conditio substitutionis & libertatis, si filius intra pubertatem decessisset. Proinde placet, exspectari debere eventum huius conditionis, ut siquidem filius impubes decedat, servus liber fiat & impuberi heres, legatario autem nihil debeatur. Si autem filius intra pubertatem non decessisset, tunc utiliter legatus servus intelligatur, ut qui neque liber factus sit, neque heres ex domini testamento.

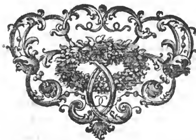
Servus ita institutus a domino, ut di-
9 xi, ut sit liber † ita domino sit heres, ut sit idem necessarius, non voluntarius, idest, ita ut fiat heres, sive velit, sive nolit, § 1. *Instit. de hered. qual. & differ.* Sed duo concurrere oportet, primo, ut sit a domino institutus, deinde, ut ex domini testamento utrumque consequatur & hereditatem & libertatem, *§. servus autem, Instit. de her. instit.* Primo a domino institutum esse oportet: hinc quæstio eiusmodi in *L. 3. h. t.* Tutor pupilli sui ancillam contubernio sibi iunxit, & moriturus eam liberam esse iussit testamento, & quidem instituit. Quæsitum est, an sit tutori heres necessaria, & libera? Movet dubitationem, quod tutor pro domino habetur, *L. tutor, qui tutelam, de administr. tut.* Respondetur, ancillam non magis eo liberam futuram. Quod ad institutionem attinet, ipsa adire hereditatem potest, sed iussu pupilli sui domini, qui cum extraneus sit, voluntarius erit heres, non necessarius. Non obstat, quod tutor dicitur loco domini esse. Hoc enim sic temperatur, dummodo tutelam administret, non si pupillum spoliet, & privet suis bonis, ut sit cum servas impuberis manumittere vult, *L. qui fundum, § si tutor, D. pro empt.*

Etiam alterum illud exigitur, ut servus, quem necessarium heredem esse volumus, non tantum consequatur hereditatem testamento domini, sed etiam libertatem. Quare si libertatem aliunde consequitur, fit arbitrio suo heres, *d. §. servus autem, Inst. de hered. instit.* Hinc rursum nata dubitatio *L. cum quidam, h. t.* in specie huiusmodi: dominus servum suum testamento suo liberum esse iussit, & in secundis tabulis eundem servum filio suo impuberi substituit. Mortuo domino heredes testamento instituti heredes extiterunt, & eodem tempore servus liber factus est. Moritur deinde filius impubes, cui hic servus substitutus erat. Servus libertate quasi ex alio testamento accepta, quam ex testamento pupillari, non vult hereditatem adire. Quæritur, an fiat heres impuberi necessarius, nec ne? Movet dubitationem, quod ex eodem gradu, idest, eodem testamento pupillari servus non consequitur libertatem & hereditatem. Iustinianus constituit, nihilominus servum impuberi necessarium heredem futurum, & recte, & secundum regulam suprascriptam traditam in *d. §. servum.* Nam testamentum patris & filii unum testamentum est patris, *L. patris & filii, de vulg. & pupill.* Quod si verum est, consequens est hunc servum tametsi ex primo gradu libertatem consequatur, ex secundo au-

tem

tem hereditatem, nihilominus vere dici utrumque accipere ex eodem testamento domini.

10 Quod dicitur, servum † necessarium heredem domino fieri, hanc vim habet, ut servus heres factus obligetur creditoribus hereditariis in solidum, sive sit hereditas solvendo, sive non sit, ut proinde si vendantur bona, dicantur bona servi venundari, non domini defuncti, *L. morte, de acquir. hered.* §. *ult. Instit. de her. qual.* Et ad hoc onus defugiendum nihil servo prodest, si minor erit annis. Nam adversus hanc necessitatem nulla est restitutio in integrum; *L. necessariis, in fin. de acquir. hered.* & merito. Quia restitutio lapsis datur, & aliquid gerentibus: non labitur autem, vel decipitur is, qui iure communi utitur, idest, utitur necessitate iuris communis *L. ult. supr. de in integr. rest. min.* Et hoc sine exceptione verum est, quatenus patiuntur facultates patroni defuncti. Quod si servus post mortem patroni aliquid acquisierit, placet id non attingi, si modo separationem bonorum servus impetravit, quam impetrare potest, *d.* §. *ult. Instit. de her. qual. & diff. L.* 1. §. *ult. de separ. bon.* Verum hæc separatio sub conditione conceditur, si servus eam tunc petat, cum bona patroni nondum attigit, nam si se iis immisceat, sera petitio est, *d. L.* 1. §. *ult.* Sed hoc ita, nisi sit minor, qui hereditatem patroni attigit. Nam hic in integrum restitui potest, ut est in *L. ait prætor*, §. *non solum, de minor.* Quod sic accipiendum est, ut restitui possit, non ut non sit heres, quod nullo modo ei conceditur, *d. L. necessariis, in fin. de acquir. her.* sed ut possit impetrare separationem, quam rebus integris poterat, cum nondum facto suo hereditati se obligasset.



AD TITU-

Digitized by Google

AD TITULUM XXVIII.

COD. DE LIBERIS PRÆTERITIS VEL EXHEREDATIS.

SUMMARIA.

1. *Tituli summa.*
2. *Liberi omnes aut heredes instituendi, aut exheredandi.*
3. *Particula* Omnes *quid in se contineat hic.*
4. *Liberi si non exheredantur, saltem ex aliqua parte instituendi sunt.*
5. *Liberi exheredandi sunt nominatim, & pure, & simpliciter.*
6. *Dictio* Nominatim *quid significet.*
7. *Filius simpliciter exheredatus utrum videatur ab omnibus gradibus exheredatus, an ab uno tantum, & si ab uno, a quo exheredatus intelligatur; quo in loco de hac re disputetur.*
8. *In caussis exheredationis quæ requirantur.*
9. *Præteriti testamento qui dicantur.*

IN his, quæ testamento caventur, quæ desiderantur ad vim testamenti; non tantum hoc est, ut quis heres instituatur testamento, sed præcipuum ius est in liberis exheredandis, vel instituendis, *L. inter, de lib. & post.* de quo
1 agitur hoc tit. cuius est hæc † summa: liberos omnes, quos quidem nemo gradu præcedit, aut heredes instituendos, aut exheredandos esse, neque institutos, neque exheredatos testamento, præteritos videri. Præteritionis hanc esse pœnam constitutam, ut testamentum factum a patre vel inutile sit, vel postulantibus iis, qui præteriti sunt, rescindatur. Hinc inscriptio *de liberis præteritis*, quia hic traditur, quæ sit pœna præteritionis: non dicitur de liberis institutis & exheredatis, sed utrumque eandem significationem habet. Nam qui dicit, præteritionis pœnam constitutam esse, hoc dicere intelligitur, liberos ad hanc pœnam evitandam instituendos, aut exheredandos esse. Adiicitur *de liberis exheredatis*: quoniam præcipue hic traditur, quando liberi sint exheredandi, & quibus de caussis. De institutis nihil adiicitur, quia quomodo instituendi sint liberi, dictum est in *L. 4. sup. de inst. & substit.* Hæc pluribus explicanda sunt, ut quæstio, & partes huius tituli intelligantur.

Primum igitur de liberis ita statuendum
2 est. Liberi † omnes, qui modo pari conditione sunt, aut heredes instituendi, aut exheredandi sunt, *§. sed hoc idem, Inst. de exher. lib. L. maximum, inf. & Auth.*
3 *non licet, inf. h. t.* Dixi *omnes* † quia placet hoc ius ad omnes liberos pertinere. Primo sine exceptione sexus, ut non minus filiæ instituendæ sint, aut exheredandæ, quam filii. Item sine exceptione gradus, ut non minus instituendi, aut exheredandi sint nepotes, & deinceps reliqui liberi in infinitum, quam filii, *L. maximum, infr. h. t.* Postremo etiam sine exceptione potestatis: nam qui liberi in potestate sunt, instituendi sunt, aut exheredandi iure communi, *tot. tit. Inst. de exhered. lib in princ.* Emancipati vero prætorio *§. emancipatos Inst. eod.* Reliqui, qui nonquam in potestate parentis fuerunt, ut sunt filii matris, aut aviæ, item nepotes avo materno, hi institui, aut exheredari debent eo iure, quo constitutum est de querela inofficiosi testamenti, *§. ult. Instit. eod.* Solum hoc exigitur, ut liberi sint primi gradus. Nam filio vivo non est, ut nepotes instituantur, aut exheredentur, de quo in *L. 2. infra.*

Non solum autem liberi institui, aut exheredari debent, sed certo modo, & certis legibus institui, aut exheredari iubentur; nam aut pure instituuntur, & tunc plana res est; aut sub conditione, & potest institutio sub conditione fieri, quæ sit in eorum potestate; sub alia conditione non potest, nisi sub contraria exheredentur, de quo in *L. 4. sup. de instit. & subst.* ubi dictum. His autem rebus observatis, nihil refert, quota ex parte liberi heredes sint instituti. Qui ex una unciola hereditatis heres est institutus, recte institutus est, ut testamentum valeat. Debet quidem filius legitimam partem habere, olim quartam, nunc trientem, ac semissem pro numero liberorum, *L. Papinianus §. quoniam, de inoffic. testament. Novell. de trient. & semiss. §. 1* Sed qui

qui ex aliqua parte inſtitutus eſt, hanc portionem legitimam ſupplebit ex his, quæ ei teſtamento relicta erunt: ſi nihil relictum erit amplius, aut relictum ad legitimam portionem non ſufficiat: conſtitutum eſt a Iuſtiniano, ut inſtitutione firma manente, agat filius ad ſupplementum reliquæ legitimæ, *L. omnimodo, inf. de inofficioſ. teſtam.*

4 Interim hoc † exigitur, ut liberi inſtituantur ſaltem aliqua ex parte, niſi exheredentur, quod diſerte cautum eſt *Novell. 12. ut cum de appellat. §. aliud quoque capit.* Non obſtat *Novella de triente & ſemiſſe*, §. 1. ubi dicitur, ad trientem ſuppleri omnia relicta, ſive ſint relicta iure inſtitutionis, ſive iure fideicommiſſi, legati, aut donationis cauſſa. Nam iis verbis non cavetur de iis, quæ deſiderantur ad vim inſtitutionis, ſed de iis, quæ in legitima portione imputantur. Fatemur omnia relicta imputari, ſed dummodo ſupponatur prius teſtamentum valere. Cognoſcimus autem ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione, non valere teſtamentum, niſi aliqua ex parte liberi inſtituti ſint. Sunt igitur inſtituendi etiam, quanvis priori illa *Novella de triente*, nominatim ſcriptum eſſet, licere parenti totam legitimam partem implere filio legatis, & fideicommiſſis: tamen cum *Novella, ut cum de app. cognoſc.* poſterior ſit, priori derogat. Per poſteriorem intelligimus, ſi quis liberos inſtituere non vult, poteſtas eſt exheredandi, quod quibus verbis recte fiat, dicitur *L. 3. infr.*

Sunt autem exheredandi certa ratione & modo, partim in forma exheredandi, partim in exheredationis cauſſis. In forma exheredationis hæc obſervanda ſunt.

5 Debent † liberi exheredari nominatim, quod ius porrectum eſt conſtitutione Iuſtiniani & ad filios, & ad nepotes, *L. maximum, h. tit.*

6 Nominatim † non ſignificat, nomine filii appellato, ſed filio aliquo ſigno, aut aliqua demonſtratione ita deſignato, ut intelligatur, de quo teſtator ſentiat, quod declaratur in *L. 1. 2. & 3. in princ. D. h. t. & in §. nominatim, Inſt. de exhered. lib.* Debent præterea exheredari pure, non ſub conditione, quoniam certo iudicio exheredandi ſunt, *L. 3. §. pure, D. eod.* Et hoc ideo, quia ſi ſub conditione exheredati ſint, contraria conditione inſtituuntur, *d. L. 4. ſup. de inſt. & ſubſt.* Debent exheredari ſimpliciter hoc modo: *Filius meus exheres eſto*, aut ſi quid adiicitur, debent exheredari ex hereditate, non autem ex re certa, utpote hæc exheredatio inutilis eſt: *Titius meus ex rebus Italicis exheres eſto.* L. cum quidam, *D. eod.*

Obſtabat huic ſententiæ, quod receptum eſt filios ex re certa, puta ex fundo recte inſtitui: quod, ut inſtitutio valeat, perinde accipitur, quaſi inſtitutus eſſet, detracta fundi mentione, *L. 1. §. ſi ex fundo, de hered. inſtit.* Reſpondeo: ſciendum in *d. L. cum quidam*, hanc inſtitutionem recipi, non ſummo iure, ſed quia benigne interpretamur inſtitutionem, quaſi fundi mentio non eſſet adiecta. Hæc benignitas, & hereditatis interpretatio non eſt admittenda in exheredatione: eſt enim exheredatio res odioſa, quæ interpretatione adiuvanda non eſt.

Poſtremo debent liberi ab omnibus heredibus, & ab omni gradu heredum exheredari, ideſt, tam ab inſtitutis, quam a ſubſtitutis, ſi forte teſtator plures gradus heredum in teſtamento fecerit: ſi ab uno tantum ex heredibus inſtitutis filius exheredatus ſit, inutiliter exheredatur, *L. 3. §. filius, D. eod.* Si ab uno aliquo gradu exheredatur, is gradus valet ſolus, is non valet, a quo eſt præteritus *L. 14. ſi poſtumus, §. quod enim vulgo, D. eod.* Hinc quæſitum, † cum filius ſimpliciter exheredatus eſt, utrum videatur ab omnibus gradibus exheredatus, an ab uno tantum, & ſi ab uno, a quo intelligatur exheredatus? Quæſtio eſt *L. 1. infr. h. t.* ubi explicatur. 7

In cauſſis exheredationis † hoc ius eſt, 8 ut non niſi meritis de cauſſis liberi exheredentur, quæ cauſſæ, quot, & quales ſint, & quid in iis obſervandum videatur, quod dicetur *Auth. non licet, infr. h. tit.* Si autem omnino inſtituti liberi non ſunt, aut non exheredati, aut ſunt quidem vel inſtituti, vel exheredati, ſed non ut oportet, hi ſunt, † quos præteritos teſtamento dicimus, *§. eadem, Inſt. de hered. quæ ab inteſtato.* Præteritioni 9 pœna conſtituta eſt, ſed varia, prout ſunt liberi, de quo dicitur partim in *Auth. ex cauſſa*, partim in *Auth. non licet infr. h. tit.*

Ad L. Cum post omnes. 1.

Imp. Antoninus A. Faviano.

Cum post omnes heredum gradus exheredatio scribitur, si adiiciat testator ab omnibus se gradibus exheredare: non dubitatur iuri satisfactum esse. Et ideo etiam si id non adiiciatur, appareat tamen eum id eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret: recte factum testamentum videtur. Proinde cum paterfamilias filiis institutis & invicem substitutis, filium exheredaverit, intelligendus est exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam cum iidem heredes instituti sunt: nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse. PP. VI. Kal. Iul. Chilone & Libone Coss.

S U M M A R I A.

1. *Filius exheredatus a patre vel ab omnibus heredum gradibus, vel ab uno tantum gradu aut herede intelligitur exheredatus, a quibus vel a quo expresse testator exheredatum voluit, & quid si eum simpliciter exheredavit.*
2. *Filius quando dicatur exheredari inter medias heredum institutiones.*
3. *Filio post omnes gradus exheredato, quid iuris sit.*
4. *Filius inter duos gradus exheredatus, ab utroque gradu intelligitur exheredatus.*
5. *Filius exheredatus inter medias heredum institutiones, a toto gradu exheredatus videtur.*

A Quo gradu filius præteritus est, is gradus non valet. Regula est iuris, tradita in *L. si postum. §. quod vulgo, D. eod.* Hinc quæstio, cum filius exheredatus est a patre, utrum ab omnibus heredum gradibus institutorum & substitutorum intelligatur esse exheredatus, an ab uno tantum? Hæc quæstio diceiur partim hoc loco, partim *L. 3. filius, usque ad fin. D. eod.* Ex quibus coniunctis lo-
1 cis hæc sententia † efficitur de ea quæstione. Si testator expressit, a quibus gradibus, quibusve heredibus vellet filium exheredatum esse, voluntas servanda est. Itaque si nominatim filium exheredavit ab omnibus gradibus, is ab omnibus exheredatus est, ut hic respondetur *in pr.* Qua ratione si dixit se ab uno gradu exheredare, ab eo solo gradu filius exheredatus est. Similiter & si dixit, se ab uno herede exheredare, ab eo solo exheredatus filius intelligitur, quo casu exheredatio plane nullius est momenti, *d. L. 3 §. filius.* Quod si testator simpliciter filium exheredavit, hic sequimur quod verisimile est sensisse testatorem. Quod autem hic senserit, de eo varie statuitur pro loco, quo exheredatio est scripta. Est autem varietas hæc scripturæ in eo. Nam aut filius exheredatur ante heredis institutionem, aut post omnes gradus, aut inter duos gradus, aut in uno gradu inter medias heredum institutiones.

Quid sit ante heredis institutionem, quid sit post omnes gradus, quid sit inter duos gradus, notum est. Inter † medias autem 2
heredum institutiones dicitur filius exheredari, cum pluribus heredibus institutis, inter eorum institutionem exheredatio filii interiicitur hoc modo: *Primus & secundus heredes sunto. Filius meus exheres esto, tertius & quartus heredes sunto.* Igitur si filius ante heredis institutionem exheredatur, ab omnibus gradibus exheredatus intelligitur, *d. L. 3. §. ante hered.* Quia hoc consilio exheredatio in capite testamenti posita est, ut ad totum testamentum pertineret, posita est enim fundandi testamenti caussa. Si † post o- 3
mnes gradus filius exheredatus sit, casus est huius rescripti, de quo ita respondetur: filium hoc casu ab omnibus gradibus, idest, tam a substitutis, quam institutis exheredatum videri, si iidem instituti sint,

qui

qui & substituti, quod contingit, cum testator quos heredes prius instituerat, eosdem postea invicem substituit. Et merito hoc casu exheredatio ad utrumque gradum pertinet. Nam constat eam pertinere etiam ad proximum gradum substitutorum. Non potest autem a substitutis filius exheredari in hac specie, quin ab institutis exheredetur, qui iidem erant instituti, qui & substituti sunt.

Ex hac conditione liquet, non idem probandum esse, si alii substituti sint, quam prius instituti erant: proinde filium extremo loco exheredatum, solum a substitutis exheredatum videri, non item ab institutis, argumento certissimo ducto per contrarium, *arg. L. 1. D. de offic. eius, cui mand. est iur.* Idque etiam intelligitur ex ratione, quam tradidimus supra, quæ in institutis, & invicem substitutis locum solum habet, cessat autem in substitutis, qui non sunt instituti. Proinde etiam huic iuri locum non esse dicemus,
4 argumento *L. quod dictum de pact.* Si † inter duos gradus filius exheredatus est, ab utroque gradu exheredatus intelligitur, *d. L. 3. §. ante heredis*, idque omnino consequens est superioribus. Nam secundum ea, quæ dixi, exheredatio subiecta ad proximum præcedentem gradum, præposita ad omnes sequentes pertinet. Idem placuit, si testator ita exheredavit filium inter duos gradus, ut gradus misceret, seu ut gradibus misceret exheredationem, quod ita fit, cum duobus heredibus institutis, & in unius locum substitutione facta, filium exheredat, deinde in alterius heredis locum alium substituit, hoc modo: *Primus & secundus heredes sunto, si primus heres non erit, tertius heres esto, filius exheres esto, si secundus heres non erit, quartus heres esto*, hoc in *d. L. 3. §. in eo.*

Quod † si testator filium exheredarit 5
inter medias heredum institutiones, placet filium a toto gradu exheredatum videri, idest, ab omnibus heredibus institutis, tam qui scripti sunt ante exheredationem, quam qui postea, *d. L. 3. §. filius.* Idque etiam plane his consequens, quæ dixi de exheredatione inter duos gradus interiecta, ut scilicet exheredatio tam ad præcedentem, quam ad sequentem gradum pertineat. Quod de pluribus gradibus dicitur, id nunc dicimus in pluribus personis. Verba autem Ulpiani in hac re expendenda sunt. Non dicit hoc casu filium exheredatum ab omni gradu, ut intelligeremus non esse exheredatum a substitutis, sed ab institutis tantum, in quorum institutione inclusa est exheredatio. Sed dixit *a toto gradu*, ut intelligeremus, non a proximis tantum heredibus institutis exheredatum esse, sed ab omnibus etiam remotis, qui eo gradu instituti sunt. Optima ratione, quia non potest exheredatio casu hoc valere, nisi intelligatur ab omnibus heredibus institutis facta esse. Nam si fingamus, ab uno aliquo herede filium esse præteritum, totus is gradus non valet, *d. L. 3. §. filius.*

Ad L. Si avus. 2.

Imp. Alexander A. Heraclidæ.

Si avus tuus, qui patrem tuum & novercam æquis portionibus heredes instituit, cum te quoque haberet in potestate, testamento nominatim non exheredavit: mortuo patre tuo vivo avo, sine impedimento legis Velleiæ succedendo in patris tui locum, rupisti avi testamentum, & ad te hereditas eius tota pertinuit. PP. VI. Id. Apr. Fusco. II. & Dextro CC.

S U M M A R I A.

1. *Si quis filium habet, & ex eo nepotem, aut generaliter liberos plurium & diversorum graduum, an omnes instituere, aut exheredare teneantur, an sufficiat, si eum, qui primo gradu est, instituant, aut exheredet.*

2. *Verba huius legis*, sine impedimento legis Velleiæ rupisti testamentum, *examinantur.*

1 SI quis † filium habet, & ex filio nepotem, utrumque in potestate; & generaliter si quis liberos diversorum graduum habet, idque plurium: non necesse habet omnes heredes instituere, aut exheredare; satis est filium, & eum, qui primo est gradu, heredem instituat, aut nominatim exheredet. Nepos præteritus non infirmat testamentum, quamdiu filius, qui præcedit, vivat, & ideo a principio statim testamentum valet, *§. postumorum, Inst. de exher. lib.* Et si filius moriente avo vivet, nunquam postea nepos, quanvis præteritus scriptis obstat heredibus, sive filius extiterit avo heres institutus, ut ex hoc rescripto colligitur, sive non extiterit heres, utpote a patre exheredatus, *L. si quis postumos, §. si filium, D. eod. L. 6. de iniusto, rupto.* Idque adeo verum est, ut quanvis filius exheredatus decesserit deliberantibus heredibus de adeunda hereditate, atque ita desierit filius obstare nepoti; tamen non eo magis nepos obstet heredibus, ut declaratur suprascriptis locis duobus.

Optima ratione, quia spectamus tempus mortis testatoris, ut testamentum exitum habeat, quo tempore non fuit necesse nepotem heredem instituí, aut exheredari, eum eum filius præcederet, *L. si alienum, §. 1. de hered. instit. §. in extraneis, Inst. de hered. qual. & differ.* Sed propter periculum rumpendi recte faciet avus, si filio instituto, aut exheredato, nepotem quoque instituet, aut exheredabit. Nam fieri potest, ut filius vivo avo moriatur: quod si contingat, lege Velleia constitutum est, ut nepos in sui heredis deficientis locum suus heres succedat, & simul ut tanquam agnatione heredis rumpat testamentum, nisi sit institutus, aut exheredatus, quod in proposita specie huius loci accidit, *§. postumorum, Inst. de exhered. liber. L. postumorum, de iniust. rupt.* Sed notandum est, quod in hac † lege subiicitur: *nepotem (præteritum videlicet) rumpere testamentum sine impedimento legis Velleiæ.* 2 Non potest dici rumpi testamentum sine impedimento legis Velleiæ, nisi lex Velleia aut impediet, aut rumpat, aut impedire videatur. Atqui tantum abest, ut videatur impedire, ut eadem ipsa lege dicatur rumpi testamentum, si nepos, qui suus heres factus est, vivo avo non sit institutus, aut exheredatus, *d. §. postumorum.* Et intelligendum est, utrumque recte dici, legem Velleiam velle, ut hic nepos præteritus rumpat testamentum, & rursum videri legem impedire, ne rumpat. Nam ut colligere licet *ex L. Gallus, §. ille casus,* vers. *denique, D. eod.* posteriore parte legis Velleiæ cautum erat, ut si liberi, qui gradu præcedunt, sui heredes esse desierint vivo avo, tunc nepos in suorum heredum deficientium locum suus heres succedat. Adiecit lex in eadem parte, *ne ob eam successionem eo minus ratum sit testamentum*, & hoc est, quod ait Scævola *in d. §.* legem Velleiam in

in hac posteriori parte vetare testamentum rumpi, propter successionem superiorum. Itaque hactenus lex videtur impedire, ne nepotes rumpant testamentum. Sed eadem parte legis Velleiæ hæc conditio adiicitur: *Si modo nepos institutus, aut exheredatus erit*. Unde intelligitur, si institutus, aut exheredatus non erit, tunc sine impedimento huius partis nepotem rupturum testamentum avi, sive testamento hereditatem accipiendo, sive impediendo, quod lex impedire videatur, ne rumperetur testamentum, re autem vera non impediebat.

Ad L. Si quis. 3.

Imp. Iustinianus A. Ioanni PP.

Si quis filium proprium ita exheredaverit: Ille filius meus alienus meæ substantiæ fiat: *talis filius ex huiusmodi verborum conceptione non præteritus, sed exheredatus intelligitur. Cum enim manifestissimus est sensus testatoris: verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat. Dat. X. Kalend. Mart. Constantin. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

S U M M A R I A.

1. *Formula institutionis & exheredationis veteribus usitata.*

2. *An mutata formula exheredationis valeat exheredatio.*

1 Quemadmodum † Institutionis formula vetus hæc erat, *Titius heres esto*, Titul. *de vulg. Institut. h. t.* sic exheredationis formula hæc erat, *Filius exheres esto:* §. nominatim, & §. *seq. Institut. de exheredat. liberor L.* 3 §. *in eo, D. de liber. & posthum.* Formulam institutionis si quis aliis verbis conciperet, dummodo idem sensus esset: recipiebatur institutio olim, citra controversiam, ut si testator ita dixisset: *Titius hereditatis meæ dominus esto*, L. his verbis,
2 *in pr. de hered. institut.* Sed † non idem placebat de formula exheredationis, veluti si quis ita filium exheredasset: *Filius meus ab hereditate mea alienus fiat*, quæ conceptio hoc loco proponitur. Verisimile est dubitasse veteres, an exheredatio hæc valeret? Neque ad rem pertinere exemplum institutionis. Quoniam, ut est in *L. cum quidam, de lib. & post.* institutiones, ut beneficia, benigne accipiuntur, exheredationes, ut odiosæ, non sunt adiuvandæ interpretatione.

Hanc dubitationem sustulit Iustinianus hoc loco, & constituit, quibuscunque verbis filius removeatur ab hereditate patris scriptura testamenti, satisfactum esse iuri. Et generaliter definit, ubi sententia testatoris manifesta est, nunquam interpretationem verborum, idest, orationem, quæ aliis verbis formulam usitatam interpretatur, nunquam, inquam, hanc orationem tantum valere posse, ut potior sit sententia testatoris, ubi verborum interpretatio significat verborum sensum, ut interpretatur Accursius. Alioqui hic esset sensus: nunquam sensum verborum tantum posse, ut sit potior sensu; quod est ridiculum & absurdum.

Hoc loco non male opponitur *L. si alii, D. de usufr. leg.* ubi si testator legaverit fundum Tusculanum uni, & usumfructum eius alii: placet utrumque in usumfructum concurrere, quia fundi appellatione & ususfructus & proprietas continentur, secundum vim & significationem verbi. Idque ita esse placet, quamvis errore testator aliud existimaverit, ut sic pluris scriptura valeat, quam id, quod sensit testator. Bene respondetur vulgo, *L. si alii*, loqui de eo testatore, qui erret quidem, sed non constet, an velit ita esse, ut existimat. Hæc inquam recte. Nam si testator declarasset, se fundum legando, non amplius legare velle, quam fundi proprietatem, nemo dubitaret, quin eius voluntas servanda esset, Nemo dicere intelligitur, quod non sentit, etiamsi verbo exprimat, *L.* 3. *de reb. dub.* Huc pertinet generale illud, voluntatem in testamentis dominari, nec præter voluntatem quidquam ratum esse, *L.* 12. *de leg.* 1. *L. ex pacto, §. rerum, de hered. instit.*

Ad L.

Ad L. Maximum vitium. 4.

Imp. Iuſtinian. A. Ioanni PP.

Maximum vitium antiquæ ſubtilitatis præſenti lege corrigimus, quæ putavit alia eſſe iura obſervanda in ſucceſſione parentum, ſi ex teſtamento veniant, in maſculis, & alia in fœminis, cum ab inteſtato ſimile [ius] utrique ſexui ſervaverint. Et aliis verbis exheredari filium debere ſanxerunt, aliis filiam: & inter nepotes exheredandos alia iura civilia, alia prætoria introduxerunt, & ſi præteritus fuerat filius vel ipſo iure teſtamentum evertebat, vel contra tabulas bonorum poſſeſſionem in totum accipiebat. Filia autem præterita ius accreſcendi ex iure vetere accipiebat, ut eodem momento & teſtamentum patris quodammodo ex parte iure accreſcendi everteret, & ipſa quaſi ſcripta legatis ſupponeretur: ex prætore autem habebat contra tabulas bonorum poſſeſſionem in totum. Conſtitutio autem magni Antonini eam in tantum coarctabat, in quantum ius accreſcendi competebat. Qui enim tales differentias inducunt, quaſi naturæ accuſatores exiſtunt, cur non totos maſculos generavit, ut unde generentur, non fiant. Nam hoc corrigentes, maiorum noſtrorum ſequimur veſtigia, qui eandem obſervationem colere maniſeſtiſſime viſi ſunt. Scimus etenim antea ſimili modo & filium & filiam, & alios omnes inter cæteros exheredatos ſcribere eſſe conceſſum. [Tum etiam] centumviri aliam differentiam introduxerunt: & ex hac iniquitate vitium emerſit, quale ex libris Ulpiani quos ad edictum prætoris fecit, inventum a Tribuniano viro glorioſiſſimo noſtro quæſtore cæteriſque viris facundiſſimis compoſitoribus iuris enucleati, ad noſtras aures relatum eſt. Nam cum ultimum adiutorium de inofficioſi querela poſitum eſſet, & nemo ex alio ortus præſidio ad hanc decurrere poſſet: inventa fuerat filia præterita minus habens, quam filia exheredata. Cum enim per contra tabulas bonorum poſſeſſionem, vel ius accreſcendi ſemiſſem ſubſtantiæ filia præterita accipiebat, & omnibus legata præſtare compellebatur, ſcilicet uſque ad dodrantem ſuæ portionis: remanebat ei ſeſcuncia tantummodo in ſua ſucceſſione. Quod ſi fuiſſet exheredata: quarta pars omnimodo totius ſubſtantiæ ei relinqui debebat, & quam iniuria dignam pater exiſtimabat, amplius habebat ea quam taciturnitate in inſtitutione præteriit, etſi ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, quam de ſupplemento quadrantis diſpoſuimus, repletio fuerat introducta: ſimili modo exheredatæ in quartam partem repletio accedebat, & ita vitium permanſit, ut nec ex noſtra conſtitutione emendationem aliquam ſentiret. Sancimus itaque quemadmodum in ſucceſſionibus parentum quæ ab inteſtato deferuntur, æqua lance & mares & fœminæ vocantur: ita & in ſcriptura teſtamentorum eas honorari, & ſimilibus verbis exheredationes nominatim procedere, & contra tabulas bonorum poſſeſſionem talem habere, qualem filius vel ſuus vel emancipatus haberet: ut & ipſa ſi fuerit præterita, ad inſtar filii emancipati vel ſui, vel teſtamentum ipſo iure evertat, vel per contra tabulas bonorum poſſeſſionem ſtare hoc non patiatur. Et hæc non ſolum in filiabus obtinere, ſed etiam in nepotibus & neptibus, & deinceps obſervari cenſemus, ſi tamen ex maſculis progeniti ſunt. Sed quia & aliud vitium fuerat ſub obtentu differentiæ introductum, & alia iu-

ra

ra exheredationis in postumis, alia in iam natis observabantur: cum necesse fuerat postumam inter cæteros exheredatam etiam legato honorari, filiam autem iam progenitam etiam sine datione legati: & hoc brevissimo incremento verborum ad plenissimam definitionem deduximus, sancientes eadem iura obtinere & in postumis exheredandis, sive masculini, sive fœminini sexus sint, quæ in filiis & filiabus iam statuimus: ut etiam ipsi vel ipsæ nominatim exheredentur, idest postumi vel postumæ facta mentione. Dat. Kal. Sept. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Differentia filiorum & filiarum, nepotum & filiorum, item postumorum & iam natorum, in materia institutionis & exheredationis olim quæ fuerit, & quomodo a Justiniano sublata & n. 2.*
3. *Effectus liberorum ad infirmanda testamenta quis & quomodo accipiendus.*

1 CUM † de liberis instituendis, aut exheredandis agitur, alia erat conditio filiæ, quam filiorum; nepotis, quam filii; postumi, quam iam nati. Nam filias non erat necesse instituere, aut exheredare, ut filios. Illis præteritis valebat testamentum, sed accrescebat heredibus scriptis, fratribus quidem pro rata portione, extraneis autem scriptis heredibus pro semisse, quem semissem illis auferebant, Theophilus §. 1. *Institut. de exhered. liber.* Quod si filiæ exheredabantur, non erat necesse exheredari nominatim, ut filios, sed poterant inter cæteros exheredari, utputa, *primus & secundus heredes mihi sunto, cæteri exheredes sunto.* Hoc verbo *cæterorum* intelligebantur contineri filiæ, si quas haberet testator, §. 1. *Instit. de exher. lib.* Eadem nepotum erat conditio, quæ filiarum, si modo nepotes vivi essent, & nemo eos gradu præcederet, ut est *in eod.* §. 1. *de exhered. liber.* Postumorum hæc erat conditio, ut sive masculi essent, sive fœminæ, pariter institui, aut exheredari deberent. Sed hoc intererat in exheredatione, quod masculi nominatim exheredandi erant, fœminas licebat exheredare inter cæteros, dummodo eis aliquid relinqueretur testamento, ne præteriti viderentur per oblivionem, §. *postumi, Institut. de exher. liber.*

2 Iustinianus † hic constitutione superiore differentia sublata, exæquavit fœminas masculis, nepotes filiis, postumos iam natis. Et constituit, ut pariter omnes institui debeant aut exheredari, & si exheredentur, ut exheredentur nominatim omnes: si aliter factum sit, cavet, ut omnes liberi eundem effectum habeant ad testamenta parentum infirmanda, quem habent filii, tam sui, quam emancipati. Differentiæ, quas dixi, exponentur in *tit. de exhered. liber.* §. 1. & *seqq.* Summa autem huius constitutionis comprehensa est in §. *sed hæc quidem instit. eod. tit.* Notandum est, quod Iustinianus dicit de eo effectu, quem vult liberos habere ad infirmanda testamenta. Is † autem erat, ut si filii præteriti in potestate essent, testamentum iam a principio nullius esset momenti; sin liberi essent emancipati, ut testamentum iure valeret, sed rescinderetur bonorum possessione contra tabulas petita, §. *emancipatos Institut. de exhered. liber.* Iustinianus intelligit, præteritis filiabus, præteritis item nepotibus idem iuris futurum, ut si in potestate fuerint filia, vel nepotes, testamentum nullius sit momenti. Sin autem emancipati erunt, habeant bonorum possessionem contra tabulas Quod de liberis vivis accipiendum est: nam postumis præteritis, non infirmatur testamentum, nisi iis natis. Quod & in fœminis & nepotibus postumis eodem modo observandum est. 3

Authent.

Authent. *Non licet.*

Non licet parenti aliquem ex liberis exheredare, vel præterire, nisi is probetur ingratus, & ingratitudinis caussas nominatim inferat testamento. Caussæ vero ingratitudinis nova constitutione expressæ sunt quatuordecim.

Authent. *Ex caussa.*

Ex caussa exheredationis, vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones, cætera namque firma permanent.

S U M M A R I A.

1. *Sententia harum authenticarum tribus capitibus comprehensa, & quibus.*
2. *Liberos omnes instituendos, aut exheredandos sine discrimine sexus, potestatis, ætatis. His præteritis non esse impune.*
3. *Liberos non solum rite, idest, nominatim, pure, & ab omni gradu exheredandos: sed hoc amplius ex constitutione Novella, ex iusta caussa ea constitutione comprehensa, & ea adscripta testamento, & ab herede probata.*
4. *Præteritionis liberorum pœnam quadruplicem esse iure vetere pro qualitate & differentia liberorum constitutam; & quæ sit.*
5. *Præteritionis pœnam & nunc eandem esse, neque in eo ius vetus constitutione Novella emendari: & quanti referat id nosse.*
6. *Exheredatis rite liberis solam fuisse olim propositam querelam inofficiosi testamenti: & nunc quoque esse post Novellam Iustiniani, quanvis nulla caussa exheredationis adscripta sit testamento, aut non iusta.*
7. *Recte hic dictum, non solum ex caussa exheredationis, sed etiam præteritionis rescissa institutione cætera testamenti firma manere.*
8. *Hac constitutione sublata esse omnia iura vetera, quibus placebat institutione heredis sublata, nihil ex testamento deberi.*
9. *Præteritis liberis, quos testator se habere ignoravit, unum argumentum esse, quo disputari possit, una cum institutione heredis cætera testamenti everti: sed verius esse etiam hoc casu institutione rescissa cætera eo testamento relicta valere.*
10. *Herede ex re certa instituto, si præteriti sint liberi, aut immerito exheredati; sic rescindi institutionem, ut res certa heredi relicta ei debeatur ex hac constitutione.*
11. *Ex caussa præteritionis, vel exheredationis legata ab herede instituto hodie valere: at non item, si quæ relicta sunt a filio præterito, vel exheredato.*
12. *Ex caussa præteritionis, vel exheredationis quanvis rescindatur institutio, tamen legata, quæ hodie præstantur, ex testamento peti, & valere.*

1 His † fragmentis duobus tria constituuntur. Primum, liberos omnes heredes esse instituendos, aut exheredandos. Alterum si exheredentur, certis cautionibus exheredari debere, quæ hic comprehensæ sunt. Tertium, liberis præteritis, aut non ita exheredatis, uti supra comprehensum est, quæ sit præteritionis, aut exheredationis pœna. Duo priora comprehensa sunt in *auth. non licet*. Tertium in *auth. ex caussa*. Principio † lex ait, 2 non licere parentibus liberos præterire. Constituit eam sententiam, quam alibi explicatius positam legimus, liberos omnes instituendos esse, aut exheredandos: alioqui fore, ut testamentum non valeat. *L. antepenult. D. eod. tit. Inst. de exher. lib. in prin.* Nam præterire est, neque here-

heredes instituere, neque exheredare, etiamsi quid maxime liberis testamento legetur. §. *eadem, Inst. de hered. quæ ab intestat. defer.* Ex quo intelligitur, quantumvis aliquid legetur liberis, tamen si instituti, aut exheredati non sunt, pœnam præteritionis fore eam, quæ hic constituta est, ut apertius intelligitur ex Novell. *ut cum de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, unde *authent. non licet*, sumpta est. De omnibus liberis lex scripta est, sive sint in potestate, sive non sint, sive primi gradus, sive sequentium in infinitum, sive masculi, sive fœminæ, ut plenius comprehensum est in *d. §. aliud quoque capitulum*. Quo magis confirmatur *L. maximum, supr. hoc tit.*

3 Alterum † caput pertinet ad exheredationem liberorum, doeetque, quid hic servari oporteat. Diximus alibi, & ita habet, in exheredatione, ut valeat, duo spectari. Primum, ut quis rite exheredetur, deinde, ut iustis de caussis Rite, Idest, ut nominatim, ut pure, ut ab omnibus gradibus, & tota hereditate exheredetur, de quibus alias, nihil enim nunc ista ad hunc locum. Ut autem iustis de caussis liberi exheredentur, etiam ius antiquum est, neque aliter ab hereditate eos summovere licuit, *L. ult. D. de bon. dam.* Nihil hic mutat Novella constitutio, unde sunt hæc fragmenta. Sed plus de his Iustinianus exegit, quam iure vetere cavebatur: in quo ius ab alio constitutum est novum. Quæ amplius exigit, tria sunt. Tot enim erant, de quibus olim non erat necesse testatorem esse solicitum, ut exheredatio consisteret. Primum non erat necesse filium exheredare ex aliqua caussa, quæ nominatim legibus comprehensa esset, sed caussæ exheredationis erant in arbitrio & æstimatione iudicum, nec ullo certo iure continebantur. Unde illa veritas iudiciorum de rescindendis testamentis, quam ostendit Valerius Maximus, *lib. 7. c. 8. de testamentis rescissis*. Præterea si qua esset iusta caussa exheredandi, satis erat hanc allegari postea ab herede scripto: non erat necesse adscribi nominatim a testatore; Unde querela de inofficioso testamento, idest, de eo quod filius nulla de caussa merito esset exheredatus, non autem, quod exheredatus esset caussa non adscripta. Postremo caussa exheredationis adscripta a parente, non erat necesse heredi hanc probare, sed iniungebatur liberis necessitas, ut se purgarent, & doeerent se semper in officio, & obsequio parenti debito mansisse, *L. liberi, sup. de inoff. test.* De his, inquam, tribus ius novum constituitur superiore lege. Primum non posse liberos exheredari, nisi iustis de caussis, & iis, quæ nominatim ea lege comprehensæ sunt a Iustiniano. Hæc autem sunt quatuordecim, numero & ordine expositæ in *d. §. 1. aliud quoque capitulum, & seq.* Exigit amplius lex ibidem, ut caussa iusta nominatim adscribatur testamento, ut intelligamus, quanvis iusta caussa exheredationis fuerit, & paratus sit heres hanc probare, tamen hanc non nocere, ubi testamento prætermissa est. Tertio loco exigit Iustinianus, ut caussa quæcunque adscripta erit, probetur ab herede, non probata nihil noceat liberis, quantumvis de innocentia sua nihil doeere velint. Duo hæc posteriora in *ead. Nov. §. sive igitur*.

Hoc iure de caussis constituto, si adversus ea factum erit, sequitur præteritionis & exheredationis pœna: de qua & ipsa aliquid novi iuris hic constitutum est, estque id tertium caput ex iis, quæ his fragmentis continueri proposuimus. Est autem hæc pœna, ut si liberi præteriti sint, aut non exheredati secundum formam præscriptam, testamentum sit irritum, quod ad institutiones attinet: cætera firma permaneant, sic verba sunt *authen. ex caussa*, quæ deinceps expendemus. Apparet autem in his de iure constituto duas esse quæstiones. Unam, quomodo testamentum hic irritum interpretemur. Alteram, quatenus. Et cum quæritur, quomodo testamentum irritum sit, sive non valeat, hoc quæritur, utrum ex caussa præteritionis, vel exheredationis, ubi forma suprascripta servata non est, testamentum a principio nullum sit, an vero valeat, sed postea rescindatur, vel bonorum possessione contra tabulas petita, vel querela inofficiosi testamenti periata. Hoc quæritur maxime propter liberos, qui non sunt in potestate testatoris, & id ius, quod ante hanc constitutionem Iustiniani de his personis in hoc genere obtinuit. Quæritur enim, an id ius maneat etiam post hanc constitutionem, an vero hac constitutione emendetur, ut in his quoque liberis ex suprascriptis caussis testamentum nullum sit. Et quoniam ius vetus manere putamus, de eo prius dicemus, ac primum, quod ius fuerit vetus liberis præteritis ad testamentum infirmandum; deinde, quod liberis exheredatis.

Liberis † præteritis, præteritionis pœna quadruplex iure constituta est pro qualitate & differentia liberorum. Si filii & reliqui liberi iam nati, quos nemo gradu antecedit, qui iidem in potestate testato- 4

ris

ris fuerunt, neque instituti sint, neque exheredati, idest, ut nunc loquimur, sint præteriti, ipso iure testamentum nullius momenti est. *L. inter cætera, D. de liber. & posthum.* Si posthumi præteriti sint, qui si nascerentur vivo patre, sui heredes essent futuri, idest, qui in potestate parentis essent, & primum locum inter liberos tenerent, hi, inquam, si præteriti sint, iure civili testamentum a principio valet, sed si postea nascantur, testamentum agnatione ipso iure rumpitur, & paterfamilias fit intestatus. *L. 1. infr. tit. proxim. §. posthumi, Instit. eod.* Eadem caussa est nepotum præteritorum, qui posthumorum loco habentur. *§. posthumorum, Inst. eod.* In his præteritis omnium interpretum consensu nihil mutat hæc constitutio, quin potius hoc ius aperte confirmat, cum lex ait, *non licere liberos præterire*. Hoc enim consequens est, his præteritis contra legem fieri, ac proinde testamentum pro infecto esse, *L. non dubium, sup. de legib.* nisi quid lege exciperetur postea, quo declararetur nominatim placere, ut testamentum valeret ab initio, sed postea petentibus liberis rescinderetur, quod in his generibus liberorum factum non est: unde multo magis in iure vetere manere oportet. *L. præcipimus, in fin. C. de appellat.* Quod si liberi emancipati præteriti sint a patre, iure civili vetere testamentum valet; sed datur præteritis bonorum possessio contra tabulas, qua petita testamentum ita rescinditur, ac si a principio nullius momenti fuisset, quod ad institutiones heredum attinet. *L. non putavit, §. ult. D. de bon. poss. con. tab. §. emancipatos, Institut. eod.* Quod si præteriti sint ii liberi, qui neque sunt in potestate parentis, neque esse potuerunt, eoque nunquam fuerunt in eius potestate, ut sunt filii matri, nepotes aviæ, vel avo materno, testamentum & iure civili vetere, & iure prætorio valet, sed datur præteritis querela inofficiosi testamenti, *§. ult. Instit. eod.* In qua si filius obtinet, non minus & hic ipso iure testamentum rescinditur, *L. Papinianus §. ult. D. de inoff. test.*

5 Quæritur ergo, † an in his duobus & postremis generibus liberorum ius superius emendetur hac constitutione, ut scilicet non exspectetur, dum emancipatis, vel cæteris liberis præteritis postulantibus testamentum rescindatur, sed statim a principio testamentum nullum fit? De quo non tam magnæ sunt dissensiones, quam magni errores, & non ferendi. Neque hæc quæstio de nihilo est, utrum potius statui oporteat. Etsi enim rescisso testamento aut per querelam, aut petita bonorum possessione contra tabulas, testamentum æque non valeat, ac si ab initio nullum fuisset: tamen hoc ita est, si actum fuerit querela inofficiosi, aut si petita sit bonorum possessio contra tabulas. Multis autem modis accidere potest, ne agatur de inofficioso testamento, vel quia filius repudiet querelam, vel quia intra quinquennium huic actioni præstitutum non egerit, vel quia prius, quam ageret, decesserit. *L. qui repudiantis L. Papinianus, §. ult. & L. si autem, sequen. L. quemadmodum, D. de inofficios. testam.* Idemque de bonorum possessione dicendum est: quam repudiare potest filius, & quæ non competit, nisi intra annum, *L. 1. §. quib. §. largius. D. de suc. ed.* intra quem fieri potest, ut eam non petierit: fieri etiam potest, ut priusquam peteret, decesserit: quibus omnibus modis accidit, ut testamentum sicut a principio valuit, sic nunc in totum confirmetur: unde & admittantur scripti heredes exclusis legitimis: quæ contra evenire necesse est, si dixerimus testamentum ex caussa præteritionis nullum esse. Nam testamento nullo constituto paterfamilias decedit intestatus, eoque hereditas ad legitimos heredes pertinet, exclusis reliquis heredibus. *L. filio præterito, D. de iniust. rup. L. 1. sup. tit. prox.* Cum igitur tanti referat, utrum dicamus semper diu & multum quæsitum est, utrum videretur constitui hac lege Iustiniani. Et invaluit sententia vetus interpretum hanc constitutionem pessime intelligentium, ex caussa præteritionis nullum esse testamentum, etiamsi liberi emancipati præteriti sint, atque adeo si liberi præteriti sint, qui nunquam sui heredes esse potuerunt, idest, qui nunquam fuerunt in potestate morientis. Qua sententia deletur bonorum possessio contra tabulas, & quæ inde sequuntur. Deletur *§. emancipatos, Instit. eod.* item maxima ex parte Titul. *de inoffic. testam.* cum in Pandectis, tum in Codice, & in Institutionibus. Item in *L. maximum vitium*, hic, ubi superiores rationes infirmandi testamenti leguntur. Statuunt autem hanc sententiam ex his verbis, quæ sunt in *authent. non licet*, & in *Novell.* unde hoc fragmentum sumitur, *in §. aliud quoque capitulum*, cum dicitur, *parentibus non licere liberos præterire*. Sic enim colligunt; igitur lex vetat præterire. Ergo & si testamentum fiat his præteritis, apparet fieri contra legem.

Quod

Digitized by Google

Quod si contra legem, etiam iure pro nullo esse fatendum est. *L. non dubium, sup. de legibus*. Et habet argumentum maximam speciem veri, in quo & manendum esset, si ex aliis partibus constitutionis non intelligeretur, quæ sit sententia Iustiniani de hac re. Sed incivile est, nisi tota lege perspecta iudicare, vel respondere. *L. incivile, D. de legib.* Porro ex iis, quæ consequuntur in constitutione Novel. liquido demonstrari potest, Iustinianum, cum de ratione infirmandi testamenti ob præteritionem liberorum quæritur, non tantum manere in vetere iure, sed etiam aperte id constituere. Primum igitur observandum est, constitutionem Iustiniani ius vetus emendare. Sic ius est, quidquid lege posteriore corrigente specialiter expressum non est, id veterum constitutionum regulis relictum intelligi. *L. præcipimus, in fin. inf. de appell.* At Iustinianus de caussis exheredationis tantum cavit, ut & iusta sit exheredationis caussa, & testamento adscripta, & ab herede probata; si quid autem horum observatum non sit, de ratione infirmandi testamenti nihil exprimit in hanc sententiam, ut velit testamentum nullum esse. Quocirca id mutare intelligi non debet, sed veteris iuris regulis relinquere. Nec aliud servandum in præteritione. Nam ad rationem infirmandi testamenti communi verbo *rescindendi*, & iisdem rationibus Iustinianus utitur, tam ex caussa præteritionis, quam exheredationis, *in §. sive igitur, & §. hæc autem*, ut postea pluribus ostendemus, cum ventum erit ad alteram quæstionem supra nobis propositam. Et circa præteritionem quoque eo magis in iure vetere manere existimandus est. Quod si contra statuerimus, tam multa delenda sunt in iure Pandectarum & Codicis, quam multa delenda esse supra diximus effici ex contraria sententia: quod minime legislatori est propositum, cuius officium est potius bonas, & veteres leges tueri. *L. si quando, princ. sup. de inoffic. testament.* Sed multo magis hoc statuendum est, si constabit Iustinianum non constituere, ut si superiora servata non sint, testamentum nullum sit, sed ut petentibus liberis rescindatur. Id autem luce clarius apparet Iustinianum facere, cum ex verbis constitutionis, tum ex iis rationibus, quibus in hac re utitur *in dict. Novell. ut cum de appel. §. sive igitur*. Nam ita scribit, *Quod si hæc observata non sint, nolumus exheredatis liberis præiudicium fieri*, & addit, *sed quantum ad institutionem attinet*, τῆς διαθήκης ἀνατρεπομένης quod significat, testamento irrito constituto. Nihil negotii erat totidem verbis dicere τῆς διαθήκης μηδαμῶς οὔσης, idest, nullo testamento constituto. Nunc autem dicit, diserte testamento irrito constituto. Potest quidem testamentum, quod nullum est, dici esse irritum, sed fieri, aut constitui irritum non dicitur, nisi id, quod a principio valuit, ut diserte scriptum est *in §. alio, Instit. quibus modis, testament. infirm.* Idem Iustinianus *in §. si autem hæc omnia, ead. const.* pro his verbis τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης utitur his verbis, τῆς διαθήκης ἀνατρεπομένης quod valet, testamento everso, vel ut vulgaris interpres reddidit, testamento rescisso. Absurdum est, rescissum testamentum interpretari id, quod nullum est: Nam quod nullum est, rumpi, aut rescindi non potest, ut diserte scriptum est in *L. 5. D. de iniust. rupt.* Et eadem verba usurpat idem Iustinianus in *d. §. sive igitur*, cum ita scribit, μὴ ἀνατρεπομένη ἡ διαθήκη ἰσχύειν, de legatis eo testamento relictis, in quibus vult testamentum non rescissum suam vim tenere. Ratio autem, quæ annectitur a Iustiniano in dicto *§. sive igitur*, hæc est, ne liberi falsis accusationibus lædantur, aut aliquam circumscriptionem in testamentis parentum patiantur: quorum alterum ad exheredationem, alterum ad præteritionem pertinet. Ex hac ratione perspicuum est, dummodo præteritis liberis ita testamentum confirmetur, ut præteritio liberis nihil noceat, constitutioni Iustiniani, & voluntati eius satisfactum esse. At non magis nocetur filiis præteritis, si detur illis bonorum possessio contra tabulas, aut querela inofficiosi testamenti, ubi res exigit, quam si testamentum ipso iure nullum sit, quia utraque via rescinditur testamentum non minus, quam si a principio nullum esset, ut supra ostendimus. Et petenti bonorum possessio statim datur, & in querela statim vincunt filii, ubi aut iusta caussa non est, aut non est adscripta, aut non est ab herede probata. Nec ad rem pertinet, quod petere oportet bonorum possessionem, aut instituere querelam inofficiosi testamenti, cum testamento nullo constituto, nulla sit petitione, nullo iudicio opus. Nam & institutio, aut petitio querelæ est in potestate filii, & si non petit bonorum possessionem, aut non instituit querelam, de se queri debet, quemadmodum queri deberet de se ipso, si institutus fuisset sub conditione, quæ in eius potestate esset, & ei conditioni non paruisset. *L. suus, de hered. inst.* Proinde, ut dixi, dum liberis præteritis detur bonorum possessio contra tabu-

tabulas, aut querela inofficiosi testamenti, constitutioni Iustiniani satisfactum est. Præterea ex eadem ratione apparet Iustinianum in hac constitutione, dum iubet præteritionem non nocere, voluisse consulere liberis. Ex quo intelligitur noluisse eum consulere extraneis heredibus, eoque noluisse introducere ullam infirmationem testamenti, per quam extraneis heredibus consulitur, non autem liberis. Collectio est Ulpiani in *L.* 3. *§. sed utrum, D. de min.* Prætor, inquit, hoc edicto succurrere voluit minoribus: non est igitur ei propositum consulere maioribus.

At si dicimus præteritis liberis omnibus testamentum ipso iure nullum esse, non liberis tantum consulitur, sed etiam extraneis legitimis heredibus defuncti. Quid enim, si filius repudiet hereditatem? quid, si vivo patre decedat? quid, si decedat prius, quam hereditatem adeat? dicemus nihilominus patrem intestatum decessisse, eoque hereditatem pertinere ad cognatos eius. Contra vero si liberis præteritis damus bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi testamenti, filiis consulitur, & solis liberis, quia his bonorum possessionem non petentibus, aut de inofficioso non quærentibus, ratum est testamentum, & scripti heredes admittuntur, exclusis extraneis legitimis heredibus. Hanc igitur viam posteriorem voluit Iustinianus, priorem repudiavit aperte, nisi quatenus iure civili vetere testamentum nullum esset. Ratio, qua interpretes in contrariam sententiam ducti sunt, movere nos non debet. Constitutio in *§ aliud quoque capitulum*, cavet, non licere parentibus liberos præterire: ex quo colligere eos dixi, si liberi prætereantur, testamentum contra legem factum videri, ac proinde infectum esse, *d. L. non dubium, supr. de legib* Hoc recte colligitur & statuitur, quoties lex simpliciter aliquid vetat fieri, nec ullam pœnam nominatim adiicit: hanc enim pœnam intelligimus, ut quod factum est, infectum sit. At cum lex aliquid fieri vetat, & si id factum sit, nominatim pœnam constituit, ut quod factum est, valeat aliquo modo, sed postea rescindatur, adversus legis sententiam manifestam facere non debemus, sed ea erit pœna, quam lex voluit. Proinde quod factum est, valebit, ut lex vult: sed ita rescindetur, ut lex nominatim iubet. Id autem accidit in hac constitutione. Nam Iustinianus primo cavet non licere parentibus liberos præterire, sed hic non substitit, verum postea, si hoc factum non sit, pœnam constituit in *§. sive igitur*, & nominatim hanc constituit, non ut præteritio aut exheredatio testamentum nullum reddat, sed ut non noceat liberis: item ut valeat testamentum, sed postea rescindatur, ubique enim *rescindendi* verbo utitur, & præterea manifesta eius sententia est, nolle eum testamentum ipso iure esse nullum. Proinde adversus verba & manifestam eius sententiam hanc pœnam constituere præteritionis, ut testamentum nullum sit, nec possumus, nec debemus.

Hæc de pœna præteritionis dicta sunt cum ex iure vetere, tum ex hac constitutione nova. Quod † ad exheredationem 6 attinet, iure vetere una cum omnibus liberis exheredatis pœna constituta est, ut queri possint de inofficioso testamento: dummodo sint rite exheredati, id est, nominatim, pure, & ex tota hereditate: neque interest, utrum filii exheredati in potestate parentis fuerint, an vero non fuerint. Generale ius est, exheredatos liberos neque iure civili, neque prætorio turbare testamenta parentum, unamque his superesse querelam inofficiosi testamenti, *L. non putavit, D. de bon. poss. cont. tab.* Idque ita erat, sive caussæ ingratitudinis adscriptæ essent, sive non essent: item sive constaret liberos ingratos fuisse, sive constaret, ne ingratos quidem esse potuisse, ideo etiam infante & postumo exheredato testamentum valebat: quanvis daretur exheredato querela inofficiosi testamenti. *§. tam autem, Inst. de inoff. test.* Quod etiam Iustinianus confirmat in *L. si quis suo, §. ult. supr. de inoff. test.* Quæritur, an hic quidquam immutarit Iustiniani constitutio? Et vulgo quoque hæc sententia recepta est, si aut exheredationis nulla iusta caussa sit, ut in infante, aut iusta caussa sit, sed non adscripta, testamentum ipso iure nullum esse, quicunque liberi exheredati sint. Cæterum iusta caussa exheredationis constituta, & ea adscripta, valere testamentum, sed dari querelam exheredato, in qua vincet, si heres eam caussam non probaverit. Nos vero hanc sententiam itidem ut superiorem constitutioni Iustiniani plane adversari contendimus, & ita statuimus, dummodo liberi, quicunque erunt, rite sint exheredati secundum formam iuris veteris, quanvis nulla caussa sit exheredationis, aut non sit adscripta: tamen ius antiquum manere, & solum querelam dari exheredato, etiam infanti, iisdem argumentis, quibus supra usi sumus. Primum, quia constitutio vult testamentum rescindi. Deinde, quia vult ita exheredari secundum formam illic præscri-

scriptam, ut si ea observata non sit, ea exheredatio non inutilis sit, sed non noceat: item ut non noceat solis liberis, non autem, ut per hoc hereditas perveniat ad alios extraneos: quod futurum est, si dixerimus testamentum nullius momenti esse, non autem rescindi. Opponitur huic sententiæ *L. non putavit*, §. *non quavis*, *D. de bon. poss. cont. tab.* ubi scriptum est, exheredationem non rite factam exheredationem non videri. Ex hac sententia sic vulgo argumentantur. Præteritis liberis qui sunt in potestate, testamentum nullius momenti est, ut supra confirmavimus. Præteriti autem intelliguntur, qui rite exheredati non sunt, *d.* §. *non quævis*. Quare liberis ita exheredatis testamentum nullius est momenti. Hæc concedimus, sed nihil adversus id, de quo quæritur. Prius enim efficiendum fuit, liberos videri non rite exheredatos, qui exheredati sunt non iusta de caussa, aut caussa non adscripta: quod negamus, & recte. Nam dum nominatim, & pure, & a tota hereditate exheredati sint, rite exheredati sunt ex iure vetere. Sunt etiam rite ex constitutione Iustiniani, quam tractamus, quoniam Iustinianus non iubet liberos exheredari iustis de caussis, & eas adscribi, ut testamentum a principio constet, sed ut, si contra factum sit, exheredato non noceat, *d.* §. *sive igitur*. *Nov. ut cum de appel. cog.* Vult igitur testamentum consistere, sed exheredatis id non nocere.

Ac de priore capite dictum est, quomodo ex caussa præteritionis, aut exheredationis testamentum irritum fit ex constitutione Iustiniani. Alterum quæritur, ex his caussis quatenus testamentum irritum fiat? Et res ita definita est in *auth. ex caussa*, ut ex caussa præteritionis, aut exheredationis testamentum irritum sit, quod ad institutiones heredum attinet: cætera autem in testamento relicta & constituta valeant. In quo posteriore ius singulare notandum est. Nam iure communi, cum testamentum rescissum est, nihil in eo testamento scriptum valet, *L. cum mater*, *D. de inoffic. testam.* de quo mox plura. Quam ob caussam multa circa hoc caput quæsita sunt, cum de caussis, propter quas testamentum infirmatur, tum de iis, quæ testamento relicta sunt, quæ constitutio iubet valere.

7 Ac † primum quod iubet valere cætera ex caussa exheredationis, id pro certo & perpetuo iure habendum est. Expressum est enim in *Nov.* unde hæc *auth.* sumitur in *d.* §. *sive igitur*, his verbis, *quod si hæc observata non sint, sancimus exheredatis liberis nullum præiudicium fieri, quod ad heredum institutiones attinet, certe omnia alia testamento constituta suam vim obtinere, quasi non rescisso testamento*. Quæsitum est, an idem probandum sit ex caussa præteritionis, & an recte hoc verbum adiectum sit ab eo, qui confecit hoc fragmentum, cuius initium est, *Ex caussa præteritionis?* Movet dubitationem, quod Iustinianus in *d.* §. *sive igitur*, unde est hoc fragmentum, de exheredatis tantum liberis loquitur; nihil nominatim adiicit de præteritis. Semper autem hæc regula interpretationis tenenda est, quod specialiter legibus posterioribus expressum non est, id veterum constitutionum regulis relinqui oportere, *L. præcipimus*, *inf. de appell.* Quæ sententia apud plerosque obtinuit. Sed bene hic dictum est, cætera in testamento valere non tantum ex caussa exheredationis, sed etiam ex caussa præteritionis, idque recte sumptum ex constitutione Iustiniani: Nam primum in *d.* §. *sive igitur*, loquitur quidem initio de exheredatis liberis
Iustinianus; sed sequitur postea: quod si 8
in aliquibus talibus testamentis legata, aut fideicommissa relicta sunt, hæc suam vim tenebunt. His verbis, *si quæ sint talia testamenta*, aperte non intelligit ea, in quibus liberi tantum exheredati sunt. Nam hæc dici debuerunt eadem testamenta, ubi filii vel aperte, vel tacite removentur a bonis paternis, aperte exheredatione, tacite præteritione. Deinde in *eod.* §. Iustinianus iubet testamentum irritum esse, si priora, de quibus locutus erat, observata non fuerint. Proposuerat autem initio non tantum de exheredatis liberis, sed etiam de præteritis in §. *aliud quoque capitulum*. Proinde hæc verba, *si hæc observata non sint*, ad utrumque caput referenda sunt. Id evidentius apparet ex ratione subiecta in *d.* §. *sive igitur*. Ait enim Iustinianus ideo se iubere, ut testamentum irritum sit, ne filii falsis accusationibus lædantur, aut aliquam circumscriptionem in parentum testamentis patiantur. Accusatio falsa est in exheredatione, circumscriptio est in præteritione, utramque igitur caussam Iustinianus intelligit, ut quamvis *exheredatorum* verbo usus sit, tamen intelligi debeat, verbo generali eum omnes liberos ab hereditate remotos comprehendisse. Præterea hoc constitutum esse debet, etiamsi Iustinianus tantum iuberet legata ex testamento valere, ubi liberi immerito exheredati sunt, tamen vel hoc ipsum certum argumen-

tum esse, legata æque valere debere liberis tantum præteritis. Nam ubi minor est iniuria testatoris, æquum est illius voluntati plus tribui, quam ubi maior est eius iniuria. Maior autem ea est, cum aperte falsis accusationibus liberos exheredat, quam ubi silentio præterit, ubi eos verbis non lædit.

Quare si ex caussa exheredationis hoc tribuitur patri, ut legata ab eo relicta valeant, multo magis hoc ei tribuendum, ut valeant liberis tantum ab eo præteritis. Sed omnem dubitationem sustulit §. *hæc autem, in ead. Nov. in fin.* ubi Iustinianus constitutionis summam complectens ita concludit, solum sibi propositum esse a parentibus & liberis præteritionis, & exheredationis iniuriam arcere. Item, ex his constare, ad utriusque partis utilitatem, & cautionem præsentem legem fuisse latam. Quæ apparet referri non tantum ad testamenta liberorum, de quibus proxime locutus erat, sed etiam ad testamenta parentum, de quibus egerat prius. Hoc idem & cordatioribus interpretibus placet.

8 Sed † sive ex caussa exheredationis tantum placet cætera testamenti valere, sive etiam ex caussa præteritionis, opponuntur huic sententiæ innumeri loci, in quibus traditur, testamento nullo constituto, aut rescisso, nihil in eo testamento relictum valere. Verum hanc dubitationem sustulit Iustiniani constitutio non tantum *in d. §. sive autem*, sed multo magis *in §. si autem hæc omnia*, ubi diserte cavet, si in legatis & cæteris relictis, quæ iubet valere, aliud cautum sit veteribus legibus, nolle se eas leges valere. Et ideo sciamus hos locos omnes, & sententias veteris iuris ad normam huius constitutionis emendari, hoc modo, filio, qui in potestate est, præterito, placebat neque legata, neque libertates deberi, *L. filio præterito, D. de iniust. rupt.* hodie & legata & cætera debebuntur. Item postumo præterito placebat eius agnatione rumpi testamentum ita, ut paterfamilias intestatus decederet, nec quidquam ex eo testamento deberetur, *L. 1. inf. tit. proxim.* hodie legata & cætera præstabuntur. Item filio emancipato præterito, honorum possessione contra tabulas petita ita rescindebatur testamentum, ut ius rediret itidem ad caussam intestati, *L. non putavit, §. ult. D. de bonor. possess. contra tabul.* nisi quod legata præstabantur ex eo testamento certis personis, puta liberis & parentibus, *L. 1. D. de leg. præst.* hodie præstabuntur omnibus, & omnia. Item rescisso ex caussa querelæ inofficiosi testamento, placebat neque legata, neque libertates præstari, *L. Papinianus, §. ult. L. cum mater, D. de inofficios. testament.* hodie etiam ex hac caussa legata valebunt, & cætera relicta ex eo testamento. Postremo ita est ius vetus, ut ex quo testamento hereditas adita non est, ex eo nihil omnino debeatur. *L. si nemo 1. D. de test. tut. L. si nemo, D. de regul. iur.* Hodie hoc ita est, si ex aliis caussis accidat, ne debeatur hereditas a scriptis heredibus: cæterum ex caussa præteritionis vel exheredationis si adita non erit, ius novum hic est, ut cætera in eo testamento valeant præter institutionem.

Et † circa caussam institutionis minime dubitatur legata tunc valere, cum testator scivit se liberos habere, & consulto eos præterit: tunc enim apparet testatorem voluisse legata præstari omnia. Quæsitum est, an idem probandum sit, si testator ideo liberos præteriit, quia se habere ignorabat? Finge patrem falso rumore perlato de filii morte existimasse illum esse mortuum, & ob id alios instituisse heredes testamento, & eo testamento quædam legata reliquisse. Constat ex voluntate testatoris, heredes scriptos non futuros heredes, sed filium. De legatis quæritur, an etiam hæc debeantur ex hac constitutione, an vero non debeantur, quia tunc relicta sint, cum pater se filium habere non putaret? Bartolus non ineptis rationibus motus contendit, hoc casu nec institutionem, nec legata valere. Movetur voluntate testatoris, quia non est verisimile, si pater putasset se filium habere, alios heredes eum instituturum fuisse, aut legatis oneraturum filium. Utitur autem ad eam rem tribus argumentis. Primum ductum est a militis præteritione. Nam si miles præteritis liberis omnibus heredes instituat, testamentum non valet: sed ita, nisi liberos se habere ignoraverit. Hoc enim casu præteritio militis non nocet liberis, *L. sicut, & L. si cum seq. sup. de test. milit.* proinde & in pagano idem dicendum est. Nam & in paganorum testamentis legata contra voluntatem testatoris deberi non possunt, cum in testamentis totum voluntas testatoris faciat. *L. quoties, in pr. L. ex facto, §. rerum, D. de her. inst. L. 12. in fin. D. de legat. 1.* Alterum argumentum est, quod non sit verisimile quenquam suis successoribus alienos præferre velle, quæ & coniectura voluntatis pro certa confirmatur *L. cum avus, D. de cond & demonst. L. cum acutissimi, infr. de fideicom.* 9

Digitized by Google

com. Tertium argumentum *ex L. si unquam, infra, de revoc. donat.* ubi placet, quæ quis donavit vivus, cum liberos non haberet, liberis postea susceptis revocari, & redire in dominium donatoris. Si hoc placet in donationibus puris & inter vivos factis, multo magis in legatis testamento relictis recipiendum est: quoniam donationes maiorem vim obtinent, quam legata. Donationes statim perficiuntur, nec revocantur postea ex pœnitentia, *§. alia, Inst. de don.* legata perpetuo revocari possunt quamdiu testator vivit. *L. 4. D. de alim. leg.* Et posset hæc sententia recipi, nisi diserte contra scriptum esset duobus in locis, *in L. ult. D. de her. inst.* & præcipue *in L. cum mater, D. de inoff. test.* quo in loco posteriore proponitur mater falso rumore perlato quasi filium suum in prælio amisisset, dum putat se liberos non habere, instituisse extraneos heredes, & quædam legata, item libertates testamento reliquisse. Tamen in hac specie illic scribitur, Divum Hadrianum decrevisse hereditatem matris ad filium pertinere, ita ut legata & libertates præstarentur. Nec mutatur hæc sententia postremis verbis eius loci, sed magis confirmatur. Verba hæc sunt: *Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus & legatis adiicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.* Adnotare, non est reprehendere & corrigere, sed notare tanquam rem notatu dignam, & singularis iuris: & ratio singularis iuris subiicitur, quia iure communi in omnibus testamentis, quæ rescinduntur, hoc servatur, ut rescisso testamento nihil inde debeatur: quod cum contra hic decretum sit, merito decretum hoc adnotatum esse dicitur.

His autem verbis, *hic adnotatum est*, non corrigi præcedentia, ex eo plus quam evidenter liquet, quod adnotatio hæc est iuris interpretum, sententia autem, quæ præcedit, est sententia Imperatoris. Ineptum est putare iuris interpretem, qui potestatem iuris condendi non habuit, mutasse, aut emendasse constitutionem Imperatoris, quæ ius publicum facit. Huc accedit, quod illa sententia sine ulla correctione confirmatur in *d. L. ult. D. de her. inst.* Et frustra tentat Bartolus hæc responsa eludere. Nam aut institutio scripti heredis in hac specie ideo non valet, quia filius præteritus est; aut quia mater voluit hoc casu filium removere, & alios heredes, qui scripti sunt instituere. Si volumus institutionem non valere ex caussa præteritionis, legata debebuntur ex hac constitutione. Si volumus institutionem non valere, quia scripti heredes deficiuntur voluntate testatoris, etiam hoc casu legata debebuntur ex suprascriptis legibus, & præsertim *ex L. ult. D. de her. inst.* ubi hoc significatur non obscure, ideo hereditatem ad filium pertinere, quia non videatur testator voluisse non instituere eum, quem se habere ignorabat. Non obstat exemplum militis. Nam cum miles præterit filium, quem ignorat se habere, in institutione heredis admittitur hæc distinctio, utrum sciat se habere filium, an ignoret, ut si ignoret, institutio non valeat. Non eadem distinctio adhibenda est in legatis. Nam si miles ignorans se filium habere, alios heredes instituit, & quædam ab his legavit nihilominus legata debebuntur. Hic enim placuit ea deberi ex testamento pagani, idque ex eius voluntate. *d. L. cum mater, & d. L. ult. D. de her. inst.*

Multo ergo magis in eadem caussa debebuntur ex testamento militis, ut voluntas militis conservetur. Non obstat quod dicitur, neminem propriis successionibus alienos præponere velle: nam & nos in hac specie idem admittimus. Cum enim testator præteriit filium, quem ignorabat se habere, & alios heredes instituit, ex superiori ratione dicimus successionem ad filium pertinere, non ad heredes scriptos. Sed quod de successione dicitur, ad legatum transferendum non est. Nihil enim prohibet testatorem filium suum heredem esse velle, & nihilominus ab eo quædam relinquere. Certe quotidie id usu venire videmus ut parentes liberis institutis, nihilominus quædam testamento legent, qua ratione solum nititur, quod responsum est in *dict. L. cum mater, D. de inofficios. testam. & in dict. L. ult.* Non obstat *L. si unquam, infra, de revoc. donat.* Nam illic revocantur donationes liberis postea susceptis: sed eæ donationes, quæ a patrono in libertos collatæ sunt, cæterorum donationes non revocantur, tametsi vulgo contra receptum sit: de quo scripsimus postea ad eam legem. Tum autem, ut concedamus eam legem in omnium donationibus locum habere: tamen non recte transfertur ad legata. Nam in una re donationes inter vivos maiorem vim habent, quam legata: nempe in eo, quod revocari non possunt vivente donatore, legata possunt. Sed in eo plus est firmitatis in legatis, quod cum revocata non sunt a testatore, præcipue placet ea conservanda esse, quia testator aliud amplius non potest, *L. 1. sup. de sacros. eccles.* Unde di-

ctum

ctum publice expedire testantium voluntates exitum habere. *L. vel negare, D. quemad. test. aper.* Stet igitur iam hæc sententia, non solum ex caussa exheredationis, sed etiam præteritionis verissimum & perpetuum esse, quod in hac *authent. ex caussa.* dicitur, ex his caussis ita institutionem non valere, ut cætera firma permaneant: neque interesse, quare testator præterierit liberos, utrum quia sciebat se habere, & volebat præterire, an vero quia se habere ignorabat.

Deinceps quæ infirmet, aut confirmet hæc constitutio, consideremus. Ait institutionem ex suprascriptis caussis non valere.

10 Hic † quæsitum est de eo, qui institutus est ex fundo, aut alia re certa. In eo institutionem non valere constat. Sed an saltem ei fundus, aut alia res certa debebitur tanquam legatum? Dici potest ei nihil deberi ex verbis huius constitutionis. Nam cum quis instituitur ex fundo heres, iubetur detrahi fundi mentio: qua detracta fundus legatus dici non potest, *L. 1. §. si ex fundo, D. de her. inst.* Rursum ex hac constitutione institutio non valet. Sed si legatum valere potest ex testamento, placet illum tanquam legatarium eam rem certam, ex qua institutus est, iure legati habiturum. *L. quoties, sup. de her. inst.* Porro in hac specie legatum rei certæ ex testamento deberi potest ex hac constitutione. Quare & hic fundum, aut aliam rem certam, quæ appellata sit, deberi dicemus. Ait constitutio cætera firma permanere. *Cæterorum* verbo quæ intelligantur, expressum est in d. Nov. *ut cum de appell. cog. §. sive igitur, & §. si autem*, ubi nominatim hæc commemorantur, legata, fideicommissa, libertates, tutelæ dationes: adde his substitutionem pupillarem: quam placet valere, quotiescunque ex testamento patris legata relicta præstantur, *L. 2. §. 1. D. de*
vulg. subst. Sed quod † dicitur de lega- 11
tis, hæc ex suprascriptis caussis deberi, non de omnibus legatis accipiendum est, sed de iis tantum, quæ ab institutis relicta sunt. Si quid autem pater a præterito filio relinquit, neque iure vetere valuit legatum, *L. 2. D. de legat. 2.* neque ex hac lege confirmatur, quia in *d. §. sive igitur*, diserte scribitur *ex caussa præteritionis, vel exheredationis legata suam vim obtinere, tanquam si testamentum rescissum non esset.* Ex quibus verbis intelligimus, ea sola legata hic confirmari, quæ valerent, si heredes instituti hereditatem adiissent.

Sed † unde, & quo iure legata peten- 12
tur? utrum ex testamento, an ab intestato? non videntur ex testamento peti posse; quia id nullum est sine heredis institutione, *L. 1. D. de vulg. & pup. subst. §. ante heredis, Instit. de legat.* Nulla autem institutio est, quæ est irrita. Rursum ab intestato non magis videntur posse peti, quia testamento relicta sunt, non ab intestato: nisi quis dicat peti posse condictione ex lege. Sed verum est, ea ex testamento peti posse, & valere. Id enim diserte expressum est in *d. Nov. ut cum de appell cog. §. sive igitur*. Hic opponitur regula iuris, quæ vetat in paganis testamentum pro parte valere, & pro parte non valere, seu quæ vetat aliquem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere. *L. ius nostrum, D. de reg. iur.* Sed hanc obiectionem hic metuere non debemus. Nam Iustiniano ita placuit, ut ex caussa exheredationis vel præteritionis pro parte, idest, pro institutione, testamentum non valeat, pro his autem, quæ eo testamento relicta sunt, valeat, *d. §. sive igitur*. Huc accidit, quod in *ead. Nov. §. sive autem*, nominatim cavet, si quid sit huic parti in veteribus legibus contrarium, nolle se id valere.

AD TITU-

AD TITULUM XXIX.

COD. DE POSTUMIS HEREDIBUS INSTITUENDIS, VEL EXHEREDANDIS, VEL PRÆTERITIS.

Ad L. 1. 2. *&* 3.

Imp. Anton. A. Brutatio,

Si post testamentum factum, quo postumorum suorum nullam mentionem testator fecit, filium filiamve suscepit, intestato vita functus est: cum agnatione postumi vel postumæ, cuius non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi, neque peti posse explorati iuris est. Dat. & PP. IV. Kal. Iul. Antonino A. IV. & Balbino Coss.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC, Soterico.

Uxoris abortu testamentum mariti non solvi: postumo vero præterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum, iuris evidentissimi est. S. XII. Kal. Mart. Sirmii. Cæsarib. Coss.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *præfecto prætorio*.

Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri exstitisset, si non alius eum antecederet, & nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum posset: [&] veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, & si vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque, quod & si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam: & sancimus si vivus perfecte natus est: licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum rumpi: hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium. Dat. XV. Kal. Decembr. Constantinop. Lampadio & Oreste. VV. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Summa huius tituli.*
2. *Postumus quis, & quando præteritus intelligatur, & num. 3.*
4. *Suus heres quis.*
5. *Postumus præteritus rumpit testamentum, & quomodo.*

6. *Nasci quomodo intelligatur.*
7. *Si Postumus natus illico decesserit, an nihilominus irritum sit testamentum, an vero ruptum restituatur.*
8. *Quid iuris sit, si postumus natus non solum statim decesserit, sed etiam decesserit, priusquam vocem ederet.*
9. *Quod iuris est de filio superstite præterito, idem in postumo præterito servandum est.*
10. *Iniustum testamentum quot dicatur modis.*
11. *Postumus natus magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, & num. 12.*
13. *An, si postumus mortuo testatore nascatur, & deinde illico decedat, testamentum restituatur.*

1 SUmma † tituli hæc est: postumus præteritus, qui natus suus heres futurus esset, si nascitur, rumpit testamentum, eoque modo fit, ut testamentum non valeat, videlicet, si a principio natus esset præteritus, *L. si postumus a princ. D. de lib. & post. L. 3. de iniust. rupt. §. postumi, Instit. de exher. lib* Singula huius definitionis explicanda.
2 Postumus † intelligitur non tantum is, qui post mortem patris nascitur, qui proprie postumus dicitur, sed etiam qui nascitur vivo patre post testamentum factum: nam & hic præteritus rumpit testamentum lege Velleia
3 *L. 3. in pr. de iniust. rupt.* Præteritur † autem postumus, qui neque institutus est, neque exheredatus, *§. eadem, Instit. de her. quæ ab intest.* Hoc eo pertinet, ut si neque institutus sit postumus, neque exheredatus, quanvis ei aliquid legatum sit testamento: tamen natus rumpit testamentum, *§. postumi, Inst. de exher. lib.* Si exheredatur, sive sit masculus, sive fœmina, hodie nominatim exheredandus est, alioqui intelligitur præteritus, *L. maximum, supr. t. prox. §. sed hæc quidem, Instit. de exher. liber.* secundum quam sententiam accipi oportet, quod in *L. 1. h. t.* dicitur de postumo, cuius pater nullam mentionem habuit.

Exigimus, ut sit is postumus, qui na-
4 tus inter suos heredes futurus esset. Suus † heres est, qui ex liberis est, & in potestate morientis, & inter liberos primum gradum tenet, *§ sui, Instit. de hered. qual. & differ.* Exigimus igitur in postumo, ut natus sit ex numero liberorum. Hoc eo spectat, ut si mulier aliquid ediderit, sed non postumum, verum portentosum, id non rumpat testamentum, ut est in *L. pen in fin. h. t.* scilicet quia non sunt liberi, idest, filii, qui contra formam humani generis nascuntur, *L. non sunt liberi, D. de stat. hom.* Exigimus etiam ex hac definitione, ut postumus si nascatur, sit in potestate patris, *L. quod dicitur, D. de liber. & postum* Nam emancipatos, & ex emancipatis conceptos postumos iure civili impune præterire licet: tantum præteritis datur bonorum possessio contra tabulas *§. emancipatos, Inst. de exher. lib.* qua non petita si decedant postumi nati, non obstant scriptis heredibus. Hoc ius etiam post constitutionem Novellam Iustiniani mansisse & manere supra docuimus ad *Auth. non licet, cum seq.* Ex eadem definitione exigimus, ut postumus, qui nascatur, primum gradum inter liberos teneat. Nam si testator habeat filium, & ex eo nepotem, nihil necesse est nepotem instituere, aut exheredare, *L. si quis postumos, D. de lib. & postum.*

Postumus † præteritus rumpit testamen- 5
tum. Sed hac conditione, si nascatur, *d. §. postumi*, ex quo colligitur, quandiu pendet, an nascatur, testamentum valere. Item si postumus non nascatur, sive quod mulier ventre vacuo fuit, quæ prægnans putabatur, sive quod abortivum fecerit, nihil esse impedimento, quo minus heredes scripti adeant *L. 2. h t. & d. § postumi.* Nasci autem † intelligitur, ubi ani- 6
mal natum est non tantum, ubi secundum consuetudinem naturæ partus editus sit, sed etiam cum exeiso ventre extractus est, *L. quod dicitur, de lib. & postum* Natus rumpit testamentum, idest efficit, ut non magis valeat testamentum, quam si ab initio natus esset præteritus. Hic quæsitum est. Quid si postumus † natus il- 7
lico decesserit, an nihilominus irritum erit testamentum, an etiam ruptum restituetur? Et placet rumpi testamentum, nec restitui ruptum. Rumpitur testamentum, quia vere filius natus est, lex autem solam agnationem postumi exigit, ut testamentum rumpatur. Quod non restituitur testamentum, eo fit, quia quod cœpit non valere, tractu temporis non potest confirmari, sive ab initio non constiterit, sive postea ruptum dissolutum sit *L. quod initio, de reg. iur. L. si res, §. aream, de sol. L. inter, §. sacram, de verb. oblig.*

Quid † si postumus natus non solum 8
statim decesserit, sed etiam decesserit, prius-

priusquam vocem ederet? Iustinianus constituit hic idem esse, *L. pen. h. t.* secutus Sabinorum sententiam: optima ratione, quod non eo minus partus vitalis est, etiamsi vocem non edat. Argumento est, quod nemo negat partum editum esse, si mutus editus sit, quem tamen constat vocem emittere non posse. His de caussis fit illud, quod supra dixi, ut postumo nato ita rumpatur testamentum, ac si natus ab initio esset præteritus. Nam & in filio præterito hoc idem accidit, ut statim testamentum nullius sit momenti. Et quamvis vivo patre mortuus sit, non eo magis tamen convalescit testamentum, *L. si filius, de lib. & postum.*

Sed huic sententiæ opponitur *L. postumus, de inius. rupt.* ubi superioribus casibus datur scripto heredi bonorum possessio secundum tabulas. Et ita quod testamentum iure civili ruptum esse dicimus, nec ullo modo restitui, iure prætorio confirmatur. Parum autem interest, utrum scripti heredes iure civili admittantur, an prætorio, dummodo admittan-
9 tur. Et ut hic locus expliceetur: quod † de filio superstite præterito iuris est, idem in postumo præterito servandum est. *L. 3. §. 1. de iniust. rupt.* De filio autem præterito, qui item vivo testatore decessit, scriptum est *in d. L. postumus* vers. *idem*, & dari hoc casu bonorum possessionem scripto heredi, sed hac conditione, *si bonorum possessio detur ei, qui ab intestato quoque succedere potuit*. Id significat Ulpianus cum ait: *Idem & circa iniustum testamentum dicendum est*; nam prius de postumo dixerat, si is præteritus nascatur vivo testatore, & eodem vivo decedat, posse scriptum heredem bonorum possessionem secundum tabulas petere. Subiicit, idem esse, si filius superstes præteritus vivo testatore decedat: *Idem*, nempe ut tametsi subtilitate iuris testamentum nullius momenti sit, tamen ex æquo & bono heredi dari bonorum possessionem secundum tabulas. Id *iniusti* verbo eo lo-
10 co significat. Nam iniustum testamentum † duobus modis dicitur: Primo id, in quo solemnia iuris deficiunt, *L. 1. de iniust. rupt.* Altero id, in quo filius præteritus est, sic appellatur nominatim *in L. 3. §. ex his apparet, de iniust. rupt.*

Prior significatio legi *Postumus*, non convenit, nam secundum testamenti tabulas, quod solemniter factum non est, prætor non dat bonorum possessionem, *§. non tamen, Inst. quib. modis testam. infirm.* Restat igitur altera significatio, quam illic sequamur. Sed cum ibi dicitur filio præterito, si is vivo testatore decedat, dari bonorum possessionem secundum tabulas, adiicitur nominatim hæc conditio, *si modo ei data sit, qui ab intestato quoque hereditatem auferre potuit*. Ex quo intelligimus, si scripti heredes extranei fuerunt, & alii heredes legitimi, præteritione filii ita nullum esse testamentum, quod ad institutionem attinet, ut neque iure civili valeat, neque iure prætorio: secundum quod non datur bonorum possessio scriptis heredibus extraneis adversus legitimos heredes. Similiter & si filius præteritus, mortuo patri superstes, abstineat se hereditate patris: placet scriptis heredibus bonorum possessionem dari, sed hac lege, si & ipsi legitimi heredes futuri erunt. Id significatur in *L. filio præterito D. de iniust. rupt.* ubi filio uno præterito cæteri eius fratres heredes instituti erant: placet, si præteritus non avocet hereditatem, fratribus voluntatem ex æquo & bono tuendam esse. Quod sic intelligi debet: tuendam esse, non iure civili, quo iure testamentum nullius momenti sit; sed iure prætorio, data bonorum possessione secundum tabulas fratribus scriptis heredibus, *iuxta d. L. postumus, eod.*

Sed non adiicitur in lege, fratribus bonorum possessionem dari, si ab intestato quoque possint succedere, videlicet quia non fuit necesse hoc adiicere, satis enim constat, hos patri intestato legitimos heredes esse. Quod de filio præterito deinde mortuo, aut abstinente se dixi, idem de postumo præterito intelligendum est, ut si is vivo patre natus decedat, iure civili non restituatur omnimodo testamentum; sed tamen scriptis heredibus datur bonorum possessio secundum tabulas; verum hac eadem conditione, qua supra, si detur iis heredibus, qui ab intestato quoque poterant succedere. Opponitur huic sententiæ initium *d. L. postumus*, ubi hoc casu dicitur scripto heredi bonorum possessio dari sine ulla conditione. Respondeo: conditio, quæ in ea lege adiecta est, *in vers. idem circa*, non solum ad proxime præcedentia referenda est, sed etiam ad superiora omnia, ut sit sensus: in supra scriptis omnibus casibus bonorum possessio secundum tabulas datur scripto heredi, sed in omnibus hac conditione, *Si modo bonorum possessio detur ei, qui ab intestato quoque rem auferre poterat*. Id ita interpretandum, his argumentis evidenter demonstratur. Nam quod in filio iuris est, idem in postumo servatur, nec ratio diversitatis reddi potest ut est in *L.*

3. §. 1. *in fin. de iniust. rupt. L. si postumus a primo, de lib. & postu.* Deinde † quia postumus natus magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, ut declaratur in *L. 5. cir. fin. D. de iniusto, rupt.* Proinde si filio præterito deinde mortuo, non datur scriptis heredibus possessio bonorum secundum tabulas, nisi legitimi quoque heredes essent; multo minus postumo præterito, si vivo testatore natus decedat, dabitur scriptis heredibus bonorum possessio, nisi & iidem legitimi heredes futuri erunt. Tertia ratio, cum iure civili testamentum non valet, idque fit iusta de caussa, veluti ex caussa præteritionis, etiam prætor debet iuri civili in eo obsequi, nec dare bonorum possessionem secundum tabulas, *L. scio, D. de testib.* Adde hanc rationem, quod non potest hoc casu bonorum possessio dari extraneis heredibus, sine manifesta iniuria legitimorum heredum: nam ubi postumus præteritus natus est, & iure civili rumpitur testamentum, statim vocantur legitimi heredes, qui ab intestato succedunt. Hoc ius illis a prætore adimi non debet; *L. 2. de his, qui sunt sui, vel L. ult. de pact.*

11

Non audiendi sunt, qui vulgo hanc rationem diversitatis reddunt inter filium præteritum & postumum præteritum, quod dicunt, postumo præterito saltem ab initio constitisse testamentum, facilius vero restitui, quæ aliquando valuerunt. Nam hoc posterius falsum est. Quemadmodum vero quæ ab initio non valent, tractu temporis non confirmantur: sic quæ semel rescissa sunt, ex eventu non restituuntur *L. inter, §. facta, D de ver. obl. L. si res §. area, D. de solut.* Idque in postumo
12 verissimum est, qui natus † magis infirmat testamentum, quam filius superstes præteritus, ut dictum *dict. L. 5. de iniusto, rupt.* Quorsum hæc? Nempe ut intelligatur, cum in *L. 2. & 3. h. t.* dicitur, si postumus præteritus vivo patre natus, eodem vivo decedat, rumpi testamentum, nec restitui: hoc verissime dici & esse perpetuum, scilicet ut non restituatur hoc casu testamentum, neque iore civili, neque prætorio iure. De iure prætorio intelligi potest ex his, quæ supra dixi: nam hoc casu extraneis heredibus, qui ab intestato succedere non possunt, non datur bonorum possessio secundum tabulas, ut supra effectum est. His autem heredibus, qui & legitimi futuri essent, datur quidem bonorum possessio secundum tabulas, *d. L. postumus, de iniust. rupt.* sed hæc possessio est inutilis scriptis; nam sine hac hereditatem quoque ab intestato obtinerent.

Cur igitur in hac possessione bonorum danda dubitabant veteres? Propter legatarios & fideicommissarios: nam testamento confirmato, legata & fideicommissa debentur ex testamento, & hoc est, quod dicitur in *d. L. postumus. Idcircoque legatarii & fideicommissarii legata & fideicommissa habebunt securi.* Sed hodie hæc bonorum possessio, ut scriptis heredibus qui ab intestato succedere possent, inutilis est; sic etiam inutilis est legatariis. Nam *ex Auth. ex caussa supr. prox. tit.* Etiamsi ex caussa præteritionis succedatur ab intestato, nihilominus legata & fideicommissa debentur. Atque hæc dicta sunt de postumo præterito, qui natus vivo testatore decessit. Quod † si mortuo 13
nascatur, & deinde illico decedat, supervacuum est quærere, an restituatur testamentum: nam hoc casu postumus natus statim sibi locum facit, ut est in *L. 5. de iniust. rupt.* Qui cum sit suus heres, statim heres existit patri ipso iore, & moriens hereditatem sibi iure quæsitam transmittit ad quosvis heredes legitimos *L. 3. prox. t.* Hæc si dicuntur in postumo, qui natus statim decessit, sine dubio in eo, qui natus vivit, ita rumpetur testamentum, ut non sit locus scriptis heredibus. Placebat olim etiam ex eo testamento nihil deberi, *L. 1 h. t.* Sed hoc ius hodie in institutione locum habet: hæc vero infirmatur ut olim; cætera autem in eo testamento constituta firma manent, *ex Authen. ex caussa, supra tit. prox.* Ex his satis exposita est *L. 1. 2. 3. h. t.*

Ad L.

Ad L. ult.

Imp. Iuſtinianus A. Ioanni *præfect. præt.*

Quidam cum teſtamentum faciebat, his verbis uſus eſt: Si filius vel filia intra decem menſium ſpatium poſt mortem meam editi fuerint, heredes ſunto. *Vel ita dixit*, filius, vel filia, [qui] intra decem menſes proximos mortis meæ naſcentur, heredes ſunto. *Iurgium antiquis interpretatoribus legum exortum eſt, an videantur non contineri teſtamento & hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum ſententiam decidentibus, cum frequentiſſimas leges poſuimus teſtatorum voluntates adiuvantes: ex neutra huiuſmodi verborum compoſitione ruptum fieri teſtamentum videtur: ſed ſive vivo teſtatore, ſive poſt mortem eius intra decem menſes a morte teſtatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti: maneat teſtatoris voluntas immutilata, ne pœnam patiatur præteritionis, qui ſuos [filios] non præterit. Dat. XII. Kalend. Decembr. Conſtantinop. Lampadio & Oreſte VV. CC. Coſſ.*

S U M M A R I A.

1. *Poſtumus quomodo recte inſtituatur.*
2. *Si teſtator in inſtitutione alterum tantum naſcendi tempus expreſſerit: is, qui altero tempore natus erit, præteritus videtur.*
3. *In hac inſtitutione*, ſi quis mihi poſt mortem meam intra 10. menſes naſcetur, heres eſto, *quid iuris ſit?*
4. *Item quid in hac*, ſi quis me mortuo naſcetur, heres eſto.

1 POſtquam † poſtumus heres inſtituen-
dus eſt a patre non exheredatus, quæ-
ſitum eſt, quando commode inſtituatur,
de quo ſcriptum eſt in *L. commodiſſime, de liber. & poſtum.* ad hanc ſententiam:
poſtumum recte inſtitui hoc modo: *quiſquis mihi poſtea natus erit, heres eſto*:
aut ſi teſtator adiicere velit tempus naſcendi, ita commode inſtituetur, *ſive quis vivo, ſive mortuo me naſcetur heres eſto*,
utroque ſcilicet tempore nominatim ex-
2 preſſo. Quod † ſi alterum tantum tem-
pus teſtator expreſſerit; placet eum, qui altero tempore natus erit, præteritum videri, & ideo eſſe eam hanc pœnam præteritionis, de qua ſupra dixi. Ut puta teſtator ita ſcripſit: *Si quis mihi poſt mortem meam naſcetur, heres eſto*, aliquis vivo teſtatore natus eſt, habetur pro præterito, quia non eſt natus, ut teſtator ſcripſit.

Iuſtiniauus hic hanc ſententiam ex parte
3 emendavit. Conſtituit enim, † ut ſi teſtator ita ſcripſit: *Si quis mihi poſt mortem meam intra* 10. *menſes naſcetur, heres eſto*. Conſtituit, inquam, in hac conſtitutione iuſiinianus, poſtumum natum recte inſtitutum videri, non tantum ſi mortuo teſtatore natus erit intra 10. menſes morti proximos, ſed etiam ſi vivo teſtatore natus erit. Si quis obiiciet huic loco *L. commodiſſime:* recte reſpondemus, hanc eſſe unam ex 50. deciſionibus Iuſtiniani, qua veteri iuri derogavit, ut Iuſtinianus initio declaravit. Sed monendi ſumus, hic emendari ius vetus in hac ſpecie, ubi teſtator inſtituit eum, qui ſe mortuo naſcetur his verbis adiectis, *intra decem menſes*. Quid ergo ſi teſtator ſimpliciter dixerit, *ſi quis me mortuo naſcetur, heres eſto*, an hoc quoque caſu emendatur *L. commodiſſime?* Quidam ita putant, quod probandum non eſt duabus de cauſſis. I. Quia quidquid lege corrigente ſpecialiter expreſſum non eſt, id veteris iuris regulis relinquendum eſt, *L. præcipimus in fin. infr. de appellat.* II. Quia inter has ſpecies & formas multum intereſt, ut proinde quæ ratione certa diſtinguuntur, etiam iure diſtingui debeant.

ꞋIT CA

Diver-

4 Diversitas † hæc est non obscura. Nam cum testator dicit, *si quis me mortuo nascetur*, apparet hæc verba, *me mortuo*, non posse esse addita, nisi ad distinguendum, & excludendum eum, qui vivo testatore nascetur. Proinde vivo testatore natus & verbis & sententia verborum excluditur. Contra vero ubi testator ita dicit: *Si quis me mortuo intra decem menses nascetur:* addita hæc verba, *intra decem menses*, non ad distinguendum & excludendum, qui nascetur vivo testatore, sed ad excludendum, qui nascetur mortuo quidem testatore, sed non intra decem menses. Voluit enim solum excludi eum, qui post mortem eius nascetur, ultra decem menses; quoniam hunc pro legitimo filio habere noluerit. Quare cum hunc solum excludi voluerit per hæc verba, *intra decem menses:* ex eo intelligitur, cæteros omnes, qui quandocunque nascentur, se velle heredes esse, ac proinde constitutione hac Iustiniani hæc voluntas confirmatur.

AD TITU-

AD TITULUM XXX.

COD. DE IURE DELIBERANDI, ET DE ADEUNDA, VEL ACQUIRENDA HEREDITATE.

SUMMARIA.

1. *Summa titulorum praecedentium, & ratio ac series sequentium breviter ostenditur.*
2. *Hereditas quot modis acquiratur.*
3. *Heredum distinctio.*
4. *Necessarius heres quis, & cur ita dicatur.*
5. *Sui & necessarii heredes qui, & cur ita appellentur.*
6. *Voluntarii heredes qui.*
7. *Voluntariis heredibus quomodo acquiratur hereditas, & num. 9.*
8. *Hereditas quomodo acquiratur iis, qui sunt in aliena potestate.*
10. *Aditæ & quæsitæ hereditatis effectus.*
11. *Remedium duplex ad incommoda, ex hereditate adita emergentia, evitanda.*

1 UT series † & ratio sequentium titulorum facilius intelligatur; paucis colligenda est summa eorum, quæ antecesserunt. Agitur hic de rebus per universitatem acquirendis, quod fit inter cætera, cum alicuius nobis hæreditas quæsita est. Acquiritur hereditas, cum delata est, iustis & constitutis ad eam rem modis, sed prius delatam esse oportet. Defertur autem testamento, vel ab intestato patrefamilias mortuo. Vocantur aliqui lege ad hereditatem. Ex testamento ita defertur, si & testamentum sit, & sit iustum, & eo testamento heredes instituti simus. An fuerit testamentum, testamenti definitio declarabit. Iustum testamentum efficitur aliter in milite, aliter in pagano. In milite iustum testamentum est, quandocunque miles fieri aliquid post mortem suam voluerit. In paganis ut testamentum iustum sit, tribus in rebus positum est, in persona testantis, in solemnibus testamentorum, & his, quæ testamento caventur. In persona testantis est, ut sit is, qui ius testandi habeat; nam non omnibus testamentum facere permittitur. Huc pertinet *titulus, qui testam. fac. possunt, supr.* De solemnibus testamentorum, quæ & qualia sint, explicatur *sub tit. de testamentis.*

In his, quæ testamento caventur, primum caput est, ut aliquis heres instituatur, ac sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. Institutus heres intelligitur, non tantum qui scripto iussus est esse heres, aut verbis nuncupatus; sed is, qui prætcrea recte institutus, quod fit, si & sit cum eo testamenti factio, ut heres institui possit, & instituatur eo modo, quo oportet. Hinc tituli consequentes, *de heredibus instituendis, & de institutionibus & substitutionibus*, quorum in priore ius explicatur de persona heredum, in posteriore de instituendi modo. Et quoniam ad quæstionem de heredibus recte instituendis pertinet, intelligi, an plures heredes instituere liceat, & quo ordine, si quando id factum sit: de hac quoque re ius sublicitur, ad hanc summam, licere non tantum plures heredes instituere, sed etiam plures heredum gradus facere, ut alii instituti, alii substituti sint, ubi & de iure & effectu substitutionum dictum est. Id agitur io *titulo, de impuber. & aliis substitut.*

Alterum caput ad vim testamenti pertinet in his, quæ caventur testamento, ut si testator liberos habet, hos heredes instituat, aut exheredet nominatim, sive hi iam nati sint, sive post nascentur, hinc Tituli *de liber. instit. vel exher. & de postum. her. instit.* Cum hæc ita transacta sunt, intelligemus, quando deferatur testamento hereditas. Sic enim incipiet deinceps deferri, si testator mortuus sit, & heres pure institutus, aut sub conditione, quæ iam extiterit. Hoc modo delata hereditate sequitur, ut quibus modis delata acquiratur, cognoscendum sit: id ergo optimo ordioe agitur *hoc tit. & seqq.* per contrarium.

Acquiritur † hereditas dupliciter, prout 2
est conditio & qualitas heredum, non tan-
tum ex testamento, sed etiam ab iotesta-
to.

3 to. Ob hanc † caussam hæc distinctio heredum traditur. Quidam sunt necessarii heredes, quidam voluntarii, idest, quidam, quibus hereditas iure acquiritur etiam nolentibus; quidam quibus nonnisi volentibus. Necessariorum duo genera sunt, quidam, qui necessarii tantum dicuntur; quidam sui & necessarii, ut est *in pr. tit. de hered. qual.* Necessarius † heres est
4 servus a domino heres institutus cum libertate, ita ut ex testamento hereditatem simul & libertatem capiat. Necessarius ideo dicitur, quia heres est domini, sive velit, sive nolit, ita ut nec edicto prætoris fiat ei potestas abstinendi, de quo genere dictum *supr. de necess. serv. her.* *& in d. §. 1. Inst. de her. qual. & diffe*r. Sui & necessarii † sunt liberi, qui
5 cum primo gradu essent, in potestate morientis fuerunt, ut ostenditur in § *sui d. tit.* Necessarii dicuntur; quia itidem ut servi a domino instituti fiunt heredes, seu nolint, seu velint: proinde inviti: quod si inviti, multo magis sui iuris ignorantes, ut sunt furiosi & infantes, §. *sui Instit. de her. quæ ab intestat.* Quam ob caussam etiam decedentes prius, quam de iure suo cognoscerent, aut quicquam statuerent, transmittunt hereditatem ad quosvis heredes, *L. 3. infr. hoc tit.* Sed iniuriosum videri potest liberos oneribus hereditariis invitos implicari, præsertim cum extranei heredes non cogantur hereditatem adire, *L. nec temere. inf. hoc tit.* Pugnare etiam videtur cum regula, quæ dictat, invito beneficium non dari, *L. invito, de regul. iur.* Hæc solvuntur hac adiectione, qua dicuntur *sui*. Scire enim debemus suos heredes dictos esse, quod sint sui toti heredes, sive sibi ipsis heredes, quod ex ea re fit; quia sui heredes etiam vivo patre domini existimantur bonorum paternorum, *L. in suis, de lib. & postum.*

Hoc declaratur nomine patrisfamilias & filiifam. quibus distinguuntur personæ patris & filii, sed in verbo *familias* coniunguntur, ut intelligatur familiam utrique esse communem familiam, idest bona, quod est argumentum Pauli eo loci. Nec huic sententiæ obstare ait Paulus, quod licet parentibus suos filios exheredare, idest, removere a bonis suis; nam non eo minus domini erant liberi eorum bonorum. Non igitur exheredare potest pater liberos, quia bona ad eos non pertinuerint; sed quia hoc ius patri pro potestate sua tributum sit, ut etiam bona, quæ liberorum sunt, possit adimere. Argumentum est, quod & pater potuit occidere, quod primum est argumentum superioris sententiæ. Nam nihil tam omnium omnium proprium esse solet, quam vita a Deo tributa, quam tamen pater iure potestatis potuit adimere, neque quisquam ex eo colliget, vitam non esse liberorum propriam: sic nec ex eo, quod pater potest adimere bona liberis, colligere possumus bona non esse liberorum etiam vivo patre. Sunt ergo bona liberorum propria, etiam vivo patre, ut supra diximus. Hinc efficitur, ut mortuo patre liberi, qui sunt sui heredes, fiant quidem heredes patri, sed fiant etiam heredes sibi ipsis, ut qui in priore statu etiam bonorum domini fuerint.

Quorsum hoc ad necessitatem hereditatis acquirendæ? Respondeo: id vero ad hanc rem optime pertinet; nam bona oblata nemo cogitur acquirere, incommoda oblata nemo cogitur suscipere, ut efficitur & regula iuris, de qua dixi, & exemplo extraneorum heredem. At bonis quæsitis iam ante, etiam inviti & ignorantes retinemus incommoda suscepta; multo magis, ubi non consentiunt hi, quibus obligati eramus: sic fit, ut verbo, *necessariorum*, intelligamus suos heredes & iure fieri, & invitos: ex verbo autem, *suorum*, intelligamus rationem hic continere, cur fiant inviti, quod alioqui iniustum & iniuriosum videri poterat. Sed acerbum est non tribuere liberis in potestate paterna, quod tribuitur extraneis: etsi enim fictione iuris domini habiti sint vivo patre; revera tamen domini non fuerunt; sed nec cum creditoribus paternis quicquam contraxerunt. Idcirco prætores hanc acerbitatem iuris civilis mitigarunt, & fecerunt potestatem liberis abstinendi se hereditate paterna, de quo *titul. seq.* sed hac lege, si se non immiscuerint hereditati paternæ, de quo in *L. si te bonis, infr. h. t.*

Voluntarii † heredes sunt cæteri omnes, 6
qui non sunt in numero necessariorum heredum. Atque hi omnes uno verbo extranei dicuntur, idest, qui nec in potestate morientis fuerunt, aut si fuerunt, non tenuerunt primum locum inter liberos, §. *cæteri, Instit. de her. qual. & diff.* His non acquiritur hereditas invitis, sed tantum volentibus, *L. nec emere, infr. hoc tit.* Unde voluntarii heredes a iuris auctoribus sunt appellati. Hinc fit, ut liceat his hereditatem repudiare, de qua repudiatione agitur *tit. seq.* Fit etiam, ut priusquam voluerint heredes esse, heredes non fiant, etiamsi maxime his delata sit hereditas. Proinde si interim decedant, hereditas-

ditatem delatam non tranfmittunt ad he-
7 redes, *L. 3. in fin. infr. hoc t.* Sed † cum his fola volunıate acquiratur hereditas, an amplius quid defideratur ad acquirendum; Et placet extraneis heredibus fola deftinatione animi hereditatem acquiri, *L. fi aviæ, infr. hoc tit.* Nec intereft, quomodo is animus declaretur, verbis, an re aliqua & facto; Verbis, adeundo; re & facto, gerendo fe pro herede. Heres dicitur omnis, qui ad hereditatem vocatur, vel ex teftamento, vel ab inteftato.

At heres adeundo fit, aut pro herede fe gerendo, *§. ult. Inftit. de hered. qual. & diff.* Aditionis verbum occurrit in *L. nec emere, hoc tit.* & amplius de eo dicetur in *L. cretionum ferupolofam, feq. infr.* Pro herede fe gerere quid fit, dicetur ad *L. 1. & 2.* Sed hoc modo acquiritur hereditas his heredibus, qui funt
8 fui iuris. His autem, qui funt † in aliena poteftate, ita destinatione animi volentibus hereditas acquiritur, fi præcefferit eorum iuffus, in quorum funt potestate, *L. fi quis mihi, §. iuffum, de acquir. hered.* de quo in *L. filiofamil. infr. h. t.* Interim in omnibus heredibus ad acquirendam hereditatem destinationem animi effe oportet; ex quo intelligitur, eos, qui iudicio præditi non funt, & quorum animi destinatio nulla potest effe, hos per fe acquirere hereditatem non poffe. Hinc quæfitum de pupillo, cui delata est hereditas, de quo in *L. potuit, infr.* Hinc de infante, de quo in *L. si infanti, h. t.*

9 Sed † hoc modo acquiritur hereditas extraneis heredibus; verum non statim, fed his tribus conditionibus. Prima est, de qua iam initio diximus, omnium heredum, tam neceffariorum, quam extraneorum communis, fi his delata fit hereditas, *L. si quis extraneus, §. 1. de acquiren. hered. L. si curatoris, infr. hic.* Quod quando contingat, fupra expofitum est. Altera conditio est, fi fciat heres extraneus fibi effe delatam, idest, ut aliis verbis expreffum est, *Inft. de hered. qual. & differ. §. ult.* fi heres fciat defunctum testatum, aut intestatum deceffiffe, feque ei heredem effe, idest, aut fe testamento institutum, aut fine testamento proximum fe cognatum effe, qui lege, aut edicto prætoris vocetur ad fucceffionem. Et hoc proprium est folum extraneorum heredum. In fuis heredibus & neceffariis fcientia fui iuris non requiritur, utpote qui ignorantes, & inviti fiunt heredes, *L. cum quidam, §. fervum, de acq. hered.* In extraneis heredibus contraria de cauffa requiritur, ut de iure fuo certi fint; his enim destinatione animi acquiritur, ut dixi, hereditas. Placet autem quæ destinatione animi geruntur, non nifi vera & certa fcientia peragi poffe. *L. in totum, de reg. iur.* Tertia conditio eft in heredum perfona, fi quo tempore hereditatem adierunt, aut pro herede fe gerunt, fit cum illis teftamenti factio, *§. in extraneis, Inftit. eodem.* Quod non item in fuis & neceffariis exigitur, quia unum & idem tempus eft, cum heredes existunt, & tempus, quo teftator moritur, nam ftatim eo mortuo heredes fiunt, etiam ignorantes.

Aditæ † & quæfitæ hereditatis hic eft 10
effectus, ut heres, five fuus, five extraneus fit, in omne ius defuncti fuccedat, fufcipiatque eius rei commodum & incommodum, *L. 1. 2. 3. in princ. de bon. poffef.* Commodum in eo, quod fuccedunt in dominium rerum omnium hereditariarum, itemque in actiones, quæ defuncto competierunt, *L. heres in omne, de acquir. hered.* Incommodum in eo, quod creditoribus hereditariis heres incipit obligari, non fecus, quam defunctus, idque five hereditas folvendo fit, five non fit, *L. ult. infra, de hered. actionibus, L. morte, de acquiren. hered.* Hoc periculo propofito admonemur, ut delata hereditate rebus adhuc integris caveamus
hoc incommodum. Ad † id evitandum 11
duo funt remedia, unum in deliberando, alterum in inventario rerum hereditariarum faciendo. Deliberatio hoc præftat, ut cognofcamus de facultatibus hereditatis: quibus cognitis fi putemus expedire, hereditatem adibimus, fin minus, repudiabimus. Quod fi etiam deliberatio hoc non præftitit, ut omne æs alienum cognofceremus, ut fæpe multa latent: adverfus omne periculum ratio inventa eft & conftituta a Iuftiniano, ut heres inventarium faciat rerum hereditariarum, fecundum formam ab ipfo præfcriptam; tum fine periculo adeat, de quo in *L. ult. infr. h. titul.*

Ex his intelligitur, quæ fit ratio huius infcriptionis; *de iure deliberandi, & de adeunda, vel acquirenda hereditate.* De iure deliberandi, quoniam deliberatio ante aditam hereditatem neceffaria eft: *de adeunda hereditate*, quia adeundo extraneis acquiritur: *acquirenda*, quia non fola aditione acquiritur, fed etiam ipfo iure, nempe neceffariis heredibus.

Ad L. 1. & 2.

Imp. Antoninus A. Titiæ.

Si a patre emancipata, eo defuncto bonorum possessionem non agnovisti: frustra vereris, ne hereditati paternæ sis obligata, quod servum eius nullo iure manumisisti, res quoque & mancipia quædam propter funeris impensas distraxisti, PP. Calend. Iulii. Messala & Sabino Coss.

Imp. Alexand. A. Florentino militi.

Cum debitum paternum te exsolvisse alleges: pro portione hereditaria agnovisse te hereditatem defuncti non ambigitur. PP. VI. Id. Feb. Maxim. II. & Æliano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Tria recensentur facta, quibus heres pro herede se gerere intelligitur.*
2. *Conciliatio* legum 1. 2. & 12. *cum* §. ult. Instit. de hered. qualitat. & differ. & num. 4.
3. *Quis pro herede se gerendo heres fiat.*

DUbitatio horum locorum hinc nascitur: ius certum est, eum, qui ad hereditatem vocatur, vel ex testamento, vel ab intestato, heredem fieri, se pro herede gerendo, §. *ult. Instit. de hered.*
1 *qual. & diff.* In his autem † duobus rescriptis ita facta proponuntur, quibus heres pro herede se gerere intelligitur, ut qui ea facit, suo nomine utiliter facere non possit citra ius & nomen hereditatis, id est, nisi sit iure & nomine heres, *L. pro herede in pr. de acq. her.* Huius generis facta hæc sunt, de quibus hic agitur: servum hereditarium manumittere, distrahere res hereditarias, exsolvere æs alienum hereditarium. Nam manumittere servum nemo potest, nisi dominus, qui prius servum in manu & potestate habuit, cum manumissio sit missio e manu & potestate, *Inst. de libert. in pr.* Non potest autem servi hereditarii quisquam dominus esse, nisi sit heres defuncti, si modo ei is servus legatus non sit.

Similiter nec quisquam res hereditarias distrahendo in alium transferre potest, nisi qui earum sit dominus. Non enim plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habuit, *L. nemo, de reg. iur. L. traditio, de acquir. rer. dom.* nec dominus rerum hereditariarum esse potest, nisi qui heres est defuncti, si ei res legatæ non sint. Idem dicendum est de eo, qui exsolvit æs alienum: nam suo nomine exsolvere nemo potest, nisi debitor, nec potest ex persona defuncti quisquam debitor fieri, nisi eius heres. Proinde qui hæc omnia facit, recte dicitur se pro herede gerere. Potest quidem heres æs alienum solvere non suo nomine, sed defuncti, vel hereditatis nomine. Quod si apparet eum hoc animo fecisse, pro herede se non gerit, sed in re dubia qui exsolvit, magis suo nomine solvere videtur, quam alieno, *L. merito, D. pro soc.* Ob hanc caussam de eo, qui servum hereditarium manumisit, diserte responsum est, eum qui id fecit, obligari oneribus hereditariis, quasi pro herede se gessisset, *L. Iulianus, §. pen. de acq. her.* Idem traditur de eo, qui res alienas distraxit, nihil testatus de sua voluntate, cur scilicet eas res distraheret *d. L. pro herede, cir. pr.* Et is, qui æs alienum hereditariarum persolvit, dicitur hoc facto iudicium defuncti agnovisse, *L. parentibus de inoff. testam.*

Hæc cum ita sint, consequens esse videbatur, ut in *L. 1. h. t.* responderetur filiam emancipatam, quæ patre defuncto, horum quid fecit, heredem fieri & obligari hereditariis oneribus, quia revera pro herede se gesserit. Nunc autem contra respon-

respondetur in *L.* 1. *h. t.* Augetur difficultas *ex L.* 2. quia ex eiuscemodi factis respondetur, heredem videri agnoscere hereditatem & pro herede se gerere. Quæritur † igitur, quam recte hæc tam varie dicantur, & quomodo cum superiore definitione conveniant eius, qui pro herede se gerat. Et recte sane omnia dicuntur, & nihil adversantur superiori definitioni, aut his locis, in quibus dicitur, his factis unumquemque heredem pro herede se gerere videri. Animadvertendum est † enim, non dicere nos omnem, qui pro herede se gerit, heredem fieri, & hereditatem acquirere, sed eum solum, cui delata est hereditas, & ut est *in d.* §. *ult. Inst. de hered. qual. & differ.* eum tantum, qui extraneus heres vocatur ad hereditatem vel ex testamento, vel ab intestato. Proinde pro herede se gerendo is solum heres fit, & obligatur hereditariis oneribus, qui vocatur ad successionem iure civili, non etiam qui vocatur ad successionem iure prætorio tantum. Nam prætor heredem non facit, sed tantum dat bonorum possessionem, §. *quos autem, Inst de bon. poss.* His autem, quibus bonorum possessio tantum datur, non acquiritur hereditas, cum pro herede gesserint, quia bonorum possessio tantum datur his, qui eam a magistratu petunt, ut olim erat necesse petere, aut apud magistratum agnoscere, quod ex constitutionibus nobis nunc facere satis est, *L. ult. infr. qui admit. ad bon. possess.* Hoc cognito intelligi debet, emancipatam, de qua agitur in *L.* 1. non fuisse patri heredem, seu eam, quæ vocaretur iure civili ad hereditatem patris, sed eam, cui tantum daretur bonorum possessio in hereditate patris. Unde intelligimus hoc quoque, non fuisse eam institutam testamento patris, nam ex testamento defertur hereditas, *L.* 1. 2. *h. t. L. lege obvenire, de verb. sign.* sed aut testamento patris fuisse præteritam, quo casu ei tantum datur iure prætorio bonorum possessio contra tabulas. §. *emancipatos, Inst. de exher. liber.* aut eius patrem intestatum decessisse, quo casu emancipata iure civili non succedit, sed datur ei bonorum possessio unde liberi, §. *emancipati, Inst. de her. quæ ab intest.*

Sed unde colligimus talem filiam hic proponi, cum nihil exprimatur de eo? Respondeo: intelligitur ex duabus partibus rescripti: I. Quod proponitur filiam vocari ad successionem ut emancipatam. Si instituta esset, non vocaretur ad hereditatem patris, ut emancipata, sed ut quivis extranei instituti heredes: sed filia emancipata vocatur, cum datur præteritæ bonorum possessio contra tabulas, aut ab intestato datur ei bonorum possessio, unde liberi. Colligitur præterea ex illis verbis, quod dicitur manumisisse servum nullo iure, distraxisse res hereditarias nullo iure, priusquam bonorum possessionem agnovisset. Nam si ad hereditatem vocaretur iure civili, hæc omnia suo iure posset facere, cum vellet, sine ulla bonorum petitione, quia hereditas sola animi destinatione acquiritur, ut dictum, *L. si avia, h. t.* Non obstant ergo ii loci, in quibus traditur, eum, qui servum hereditarium manumisit, aut res hereditarias distraxit, pro herede gerere videri, *d. L. pro herede, L. Iulianus,* §. *pen. de acq. her.* Nam & hic fatemur filiam emancipatam, quæ litem fecit, pro herede se gerere voluisse, sed negamus ideo heredem fieri, quia non erat vocata, sed tantum admissa ad bonorum possessionem iure prætorio. Hæc autem nullo extraiudiciali facto acquiritur, sed agnitione apud magistratum testata, *d. L. ult. qui admitti ad bon. poss.*

Quod si filia in proposito a patre heres instituta esset, quia iure civili ei hereditas deferretur, dicemus eam iis factis pro herede gerere, & oneribus hereditariis implicari. Idem hodie dicemus, si ab intestato patri succedat. Nam *ex Novell. de hered. ab intest.* §. 1. omnes liberi vocantur ad successionem patris, servato ordine gradus, sed sublata differentia patriæ potestatis & emancipationis. Solum hoic rescripto locus erit hodie, cum filia emancipata testamento patris præterita erit; quemadmodum hoc casu testamentum iure civili valere dixi, tantumque emancipatæ relinqui bonorum possessionem contra tabulas, *Auth. non licet, & seq. de lib. præter.* Cur † ergo in *L.* 12. 4
h. t. dicitur simpliciter eum, qui æs alienum exsolvit, idest, qui aliquo facto pro herede se gessit, statim videri hereditatem agnovisse? Respondeo, quia de eo agitur, qui iure civili fit heres, seu qui iure vocatur ad hereditatem. Id quidem non exprimitur aperte, sed non obscure intelligitur ex eo, quod dicitur, ex solutione æris alieni agnovisse hereditariam portionem. Nam hoc verbo, *hereditariam portionem,* supponitur, eam portionem, de qua quæritur, fuisse hereditariam, idest, ad hunc iure hereditario pertinuisse: sed solum quærebatur, an heres videretur hanc portionem agnovisse, dum æs alienum exsolvit. Ex his apparet infirmari, quod dixi de ratione acquisitæ he-

hereditatis in extraneis successoribus; ut scilicet tunc illis acquiratur, animi destinatione, cum iis defertur iure civili hereditas; diversum esse, cum iis defertur iure prætorio bonorum possessio.

Ad L. Si fratris. 3.

Imp. Gordianus A. Florentino militi.

Si fratris tui filius mortis tempore in patris sui fuit potestate: sive ex asse heres institutus est, etiam clausis tabulis heres potuit exsistere: sive ex parte, nihilominus statim suus ei heres exstitit: nec ea propter, quod intra paucos dies mortis patris sui concessit in fatum, tu ad eiusdem fratris tui potes accedere successionem. Quod si cum iuris sui esset, ante aditam hereditatem decessit, tuque fratri tuo legitimus heres exstitisti: sive intra tempora edicto præfinita, bonorum possessionem agnovisti: quæ hereditariarum facultatum sunt, vel quæ ab alio iniuria detinentur, præsidis diligentia tibi restituuntur. PP. XV. Kal. Sept. Gordian. A. II. & Pompeiano. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pater relicto filio herede, relicto item fratre, decessit: filius ante aditam hereditatem moritur, institutis extraneis, quæritur, utrum successio ad extraneos, an vero ad patruum perveniat?*
2. *Hereditas non adita ad heredes eius, cui delata erat non transmittitur.*

Pater decessit relicto filio vel herede instituto, vel legitimo herede relicto, decessit idem & relicto fratre suo, eodemque filii patruo. Filius defuncto patre priusquam adiret hereditatem, aut bona hereditaria patris attingeret, statim decessit institutis forte extraneis heredibus. Hic successionem defuncti fratris vindicat frater eius superstes, de quo dixi, aut vindicat res hereditarias singulas. Contra heredes defuncti filii eam successionem ad se pertinere contendunt. Quæstio est, †
1 ad utros pertineat successio defuncti patris? Quæstio in eo, utrum patris hereditas filio adhuc viventi quæsita esset? Nam si quæsita sit, transmittitur ad heredes suos; sin minus, datur locus fratri defuncti legitimo heredi. Horum utrumque efficitur ex defuncti hereditate: nam hereditas huius filii de quo quæritur, est successio in universum ius, quod is filius moriens habuit, non in ius alienum, *L. hereditas, de reg. iur. L. nihil aliud, de verb. sign.* Inde mota controversia fratri defuncti patris, consulit Imperatorem, quid iuris.

Rescriptum est accomodatum ad eam dubitationem, de qua dixi, hac distinctione: referre, utrum filius, de quo quæritur, fuerit in potestate morientis patris, an vero fuerit emancipatus, vel alio modo sui iuris factus vivo adhuc patre. Si in potestate patris, statim heres exstitit, idest, ipso iure sine alia aditione, aut immixtione, *§. sui, Instit. de hered. quæ ab intestat. L. in suis & legitim.* & clausis etiam tabulis testamenti. Quod hic adiectum est, propter ius vetus, quo cautum erat, hereditatem non posse adiri ante apertas tabulas testamenti, *L. unica, §. in novissimo, infr. de cad. toll* Sed hoc ius locum habebat in extraneis heredibus, quibus non potuit acquiri hereditas, nisi certis de iure suo. Non videbantur enim iuris sui certi esse posse, priusquam tabulæ aperirentur, ex quibus de iure suo cognoscerent. At in suis heredibus, quemadmodum destinatio animi, & certitudo iuris sui non desideratur, semper placet hoc ius ad suos heredes non pertinere. Et hoc est, quod dicitur, aperturam testamenti ius sui heredis non mutare, idest, non impedire eos, quo minus iure heredes existant, sive apertæ sint tabulæ, sive non, *L. 2. §. apertura, de hered. Instit.*

Scri-

Scriptum quidem est, *L. 5. §. ult. de iur. & facti ignor.* qui ex asse heres est, posse petere bonorum possessionem, etiam ante apertas tabulas. Sed aliud iuris est in hereditate adeunda. Hæc non poterat adiri olim, nisi apertis tabulis. Sed hoc ius hodie sublatum est, & effectum, ut non tantum sui heredes clausis tabulis heredes existant, sed etiam ut clausis tabulis adiri possit hereditas ab extraneis heredibus, *d. §. in novissimo, inf. de cad. toll.*

Hereditate hoc modo iure filio quæsita, consequens est, quod hic dicitur, fratrem superstitem ad fratris successionem accedere non posse. Nam si filius is, qui heres patri extitit, alios heredes instituit, quam hunc fratrem, patruum suum, ad institutos pertinet & filii & fratris hereditas. Si filius intestatus decessit, pertinebit quidem hereditas, & successio ad hunc fratrem, ut legitimum heredem eius; sed non pertinebit ut successio fratris, sed ut successio filii, cui iam ante erat quæsita. Quod si filius hic sui iuris fuerit vivo patre, & non adita hereditate decesserit, non quæsivit hereditatem, ut initio dixi. Proinde mansit semper hereditas: ex quo consequens est, eam pertinere ad omnes heredes patris defuncti legitimos: inter quos cum sit defuncti frater, consequens est, hereditatem ad eum pertinere, si adierit hereditatem, aut quovis alio modo agnoverit. Quod si defuncti fratris hereditas ad eum pertinet, etiam in rerum singularium dominium succedit, sine alia rerum singularum apprehensione, *L. cum heredes, de acquir. hered.* Quod rursum, si ita est, efficitur, quod extremo hoc loco dicitur, hunc fratrem defuncti fratris res hereditarias singulas iure vindicare posse, seu in rem actione petere & consequi, ut a quovis possessore sibi restituantur. Nam in rem actio competit ei, qui iure gentium, aut civili acquisivit dominium, *L. in rem, de rei vindic.* Obiter † hic illa sententia notanda est, hereditatem non aditam, ad heredes eius, cui delata erat, non transmitti, de quo plura ad *L. quoniam infr.* 2

Ad L. Filiosfam. 4.

Imp. Decius A. Athenaidi.

Filiosfamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solemnitati iuris satisfactum videri, sæpe rescriptum est, PP. X. Kalend. Mart. Decimo A. & Grato Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditas servo, aut filiofamilias delata domino, vel patri non acquiritur, nisi volentibus & adire iubentibus.*
2. *Hereditas filio delata, an patri, si consentiente filio pro herede se gerat, acquiratur,* & num. 4.
3. *Pro herede se gerere quis dicatur?*
5. *Post constitutionem Iustiniani, an ad hereditatem filio acquirendam, & patris iussus & filii consensus sit necessarius.*

PER servum & filiumfamilias qui in potestate nostra sunt, cæteræ res acquiruntur etiam nobis invitis. Hæreditas † 1 autem illis delata non acquiritur, nisi volentibus nobis, atque adeo iubentibus, ut hereditatem adeant, *L. acquiritur, L. etiam invitis, de acquir. rerum domin.* Quod hac ratione constituitur, quia cæteræ res singulæ acquiruntur sine onere & incommodo nostro, hereditas autem æri alieno nos obligat, *L. pure, de acquirend. hered. L. si hereditas D. mandat. L. ult. supr. de hered. actio.* Ratione civili & naturali permissum est unicuique alterius conditionem meliorem facere inviti & ignorantis, deteriorem autem facere non licet, *L. solvendo, de neg. gest.* Ob hanc caussam ius ita constitutum est, ut sive servo hereditas de[illegible] sit, sive filiofamilias, iussus patris & domini præcedere debeat, sequi aditio filiifamilias, aut servi, *L. si quis mihi bona, §. iussum, de acquir. hered.*

Hinc

2 Hinc † quæsitum est, an hereditas filiofamilias delata acquiratur patri, si consentiente filio se pro herede gerat? Dubitationis caussa manifesta est ex eo, quod supra dixi. Nam hic non mandat pater, ut filius hereditatem adeat, sed filius mandat patri, aut consentit, ut pro herede se gerat. Præterea filius hereditatem non adit, sed pater solus pro herede se gerit. Itaque utrumque contra supra scriptam sententiam fieri videtur, ideoque nec videtur hereditas patri hoc modo acquiri posse. Hic rescriptum est, nihilominus hoc modo recte acquiri; quia solemnitati iuris satisfactum sit. Hoc vero dicitur: satisfactum enim est in hac specie solemnitati iuris, si non secundum verba, at secundum sententiam superioris iuris, si non recta, at certe per consequentiam. Nam primo pater pro herede gerendo declarat se velle hereditatem filii acquirere; ac nihil aliud egisset, si mandasset filio, ut ipse adiret. Nihil aliud enim hoc mandatum significaret, quam patrem velle sibi hereditatem acquiri, ut sic intelligatur hereditatem sibi non acquiri invito, iuxta *L. qui in aliena, de acq. her.*

Sed hæc in proposita specie voluntas patris de acquirenda hereditate præcedit, quandiu exigimus, ut iussus præcedat. Prius est enim, ut pater velit, hereditatem acquiri, quam ut acquirenti filio consentiat. Ergo hic omnino mandato & iussu patris præcedente confirmatur sententia. Quod ad aditionem filii attinet, hoc pro certo haberi debet, hereditatem filio delatam sine aditione filii acquiri non posse; nam nec delata servo acquireretur, nisi servo adeunte, *L. 3 supr. de instit. & substit.* Et merito; quia soli filiofamilias hereditas defertur iudicio testatoris, aut legis, *L. qui liberis, §. ult. de vulg. & pup.* Sed intelligendum est, cum in proposito filius consentit, ut pater pro herede se gerat, hoc ipso, quod consentit, hereditatem adire videri. Nam hereditas patri acquiri non potest, nisi filio prius adeunte, ut dictum. Proinde filius permittendo id, quod est consequens, intelligitur simul velle id, quod est antecedens, nempe hereditatem adiri, argum. in *L. illud, de acquirend. hered.* Quinimo filius permittendo patri pro herede se gerere, hoc ipso intelligitur & ipse se pro herede gerere. Nam † pro herede gerit, qui id facit, quod nisi heres facere non potest. At permittere patri, ut fiat heres, nemo potest, nisi filius, qui ipse heres est; quoniam nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet, *L. nemo plus, de reg. iur.* Proinde filius hoc permittendo etiam pro herede se gerere intelligitur. Recte igitur dictum est in hoc rescripto: cum pater voluntate filii pro herede se gerit, solemnitati iuris satisfactum esse, idest, perinde habendum esse, quasi iubente patre filius hereditatem adiisset, aut pro herede se gessisset.

3

4 Interim hoc rescripto & definitione ea, quam supra posui, constituitur hoc; Ubi † filiofamilias hereditas delata est, hanc patri non acquiri, nisi aut filius mandato patris, aut pater voluntate filii hereditatem acquirat, & ita utriusque voluntatem in hac acquisitione concurrere debere. Videri potest huic sententiæ adversari *L. qui in aliena, §. 1. de acquiren. hered.* ubi scriptum est: Filiofamilias delata hereditate, si pater diu possederit hereditatem, videri ipsum & hereditatem admisisse. Item *L. si filiusfam. supra, de pet. her.* ubi converso modo dicitur, si filiusfamilias delatam sibi hereditatem per longum tempus possederit, videri commodum hereditatis patri quæsivisse. Sed hi loci non obstant; quoniam in his non agitur de acquirenda hereditate filiofamilias delata, sed de probatione acquisitionis. Si de acquisitione quæritur, utriusque voluntas est necessaria & filii & patris, ut hic declaratur, neque refragatur id superioribus locis. Sive enim pater possideat hereditatem, exigimus, ut filio consentiente id fiat: sive filius ipse possideat, exigimus, ut fiat voluntate patris: alioqui hereditas invito non acquiritur. Sed si quæratur, an pater filio, aut filius patri consenserit? Illis locis ostenditur, id non solum testibus probari posse, sed etiam longa hereditatis possessione.

5 Quæritur, † an hodie post constitutionem Iustiniani, iussus patris & consensus necessarius sit ad hereditatem acquirendam, quæ filiofamilias delata sit? Nam constituit Iustinianus omnium adventitiorum proprietatem filiofamilias acquiri, & inter cætera etiam delatæ hereditatis proprietatem, *L. cum oportet, L. ult. supr. de bon. quæ lib. §. 1. Inst. per quas person.* Et puto hodie utriusque consensum non esse necessarium; si filius adire hereditatem voluerit, licebit ei hoc facere etiam ignorante patre; nam potest adire etiam patre invito, *L. ult. inf. de bon. quæ lib.* multo igitur magis ignorante patre, *L. qui potest, de reg. iur.* Quod si filius hereditatem adire volet, sit potestas patri hereditatis adeundæ, idque sine voluntate filii qui iam repudiarit, *d. L. ult.* Quod si filius hereditatem patri acquirere volet, hic

hic quidem voluntas patris necessaria erit, ne invitus pater obligetur hereditati. Sed non est necesse etiam hoc casu utriusque consensum intervenire. Nam repudiante etiam filio patri volenti hereditas acquireretur, ut dixi. Neque tamen sublatum est ius, quod hic traditur, & *in d. L. si quis mihi bona. §. iussum. D. de acq. her.* Nam si filiofamilias hereditas delata est contemplatione patris, hæc videtur a patre potius profecta, & patri acquiretur per filium. *arg. in L. sed si plures, §. in arrogato, de vulg. L. profectitia, de iur. dot.* Porro etiam constitutionibus Iustiniani bona profectitia ad patrem redeunt, eique acquiruntur pleno iure, *d. §. 1. Instit. per quas pers. nob.* Proinde & in hoc quoque genere hereditatis necessarius erit consensus & iussus patris ad acquirendam hereditatem.

Ad L. Potuit. 5.

Impp. Valerianus & Gallienus. AA. Paulo.

Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi successionem, sed ipsius actus & voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere. PP. XVI. Cal. Iul. ipsis IV. & III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pupillus an acquirere possit.*
2. *An omnis pupillus possit acquirere.*
3. *Pupillus quando acquirere possit.*
4. *Pro herede se gerere, item hereditatem adire, quid sit.*
5. *Pupillus an solus, an vero non nisi alterius, & cuius auctoritate acquirere possit,* & num. 6.
7. *Actus & voluntas pupilli ad hereditatem sibi per tutorem acquirendam necessario requiritur.*
8. *Caussæ, propter quas tutor pupillo invito acquirere nequeat.*
9. *Tutor pupillo invito possessionem bonorum acquirere non potest, & cur.*

PUpillo, idest, impuberi, qui non sit sui iuris, *L. pupillus, de verb. signif.* delata est hereditas, sive quod heres institutus sit, sive quod tanquam proximus agnatus defuncti vocetur ad successionem. Circa hereditatem hanc acquirendam duæ sunt summæ quæstiones. Una, an ipse pupillus hereditatem possit acquirere suo facto? Altera, an possit tutor ei acquirere eius nomine adeundo? In priore capite hæc quæruntur. Primo, an possit pupillus acquirere. Secundo, an omnis pupillus, etiam infans. Tertio, quando. Quarto, an solus, an vero non nisi alterius auctoritate. Quinto, cuius auctoritate. Pri-
1 mum, † an simpliciter pupillus hereditatem acquirere possit, ideo quæritur; quia hereditas destinatione animi acquiritur, *L. si avia seq.* Nulla autem animi destinatio esse videtur in ea ætate. Et placuit pupillum delatam sibi hereditatem posse acquirere sibi, ut *hic, & L. pupillus, de hered. acquirend.* Sed favorabiliter, ut dicitur in *d. L. pupillus*, idest, non summo iure, sed benignitatis caussa pro favore pupilli, ut hereditas acquiratur. Nam revera non est in his destinatio animi certa. Neque tamen, cum dicimus eum posse hereditatem acquirere, fit contra præcepta iuris, quæ desiderant destinationem animi: quia quod iudicio pupilli deest, suppletur auctoritate tutoris, ut est in *L. quamvis, §. ult. de acq. hered.*

Sed an † omnis pupillus hereditatem 2
possit acquirere? Quod propter infantem quæritur, cuiusmodi ætas pupillorum nullum intellectum habet, nec multum a furioso differre putatur, *§. pupilli, Instit. de inutil. stip.* Et placet etiam infantem posse acquirere se pro herede gerendo, ut est diserte scriptum in *L. servo, §. si pupillo, D. ad Trebellian.* Unde & sine exceptione iuris, recte hoc loco definitum est de omni pupillo.

Sed obstat *d. L. pupillus, de acq. her.* ubi excipitur pupillus, qui fari non potest, cum dicitur, pupillum, qui fari potest, hereditatem posse acquirere. Obstat etiam conditio ætatis, cum in infante nullus sit intellectus. Respondeo: Observandum

dum est in *d. L. pupillus*, generaliter definiri, pupillum hereditatem acquirere posse; quo declaratur, posse eum acquirere quovis modo, & adeundo, & pro herede se gerendo. Cum ita definitur, recte excipitur infans; quia infans non potest quovis modo hereditatem acquirere. In hac autem lege non dicitur simpliciter pupillum successionem consequi posse, sed pro herede se gerendo, quorum utrumque recte dicitur, & inde est sequens quaestio.

3 Quando † pupillus, vel infans, vel maior infante hereditatem possit acquirere? Et respondetur, quod maior infante hereditatem acquirere possit adeundo, multo magis pro herede se gerendo, *L. si infanti. §. ult. h. t.* Infans autem pro herede gerendo acquirere potest, ut hic generaliter definitum est, adeundo acquirere non potest, ut declaratur in *d. L. servo, §. si pupillo, ad Trebell.*

4 Differentiae ratio est: quia se † pro herede gerere, est tanquam dominum res tractare hereditarias, vel ad heredem pertinentes: hoc etiam potest facere heres infans, cum ei tanquam domino res in manus traduntur. Adire vero, est, verbis declarare voluntatem de agnoscenda hereditate, ut suo dicetur loco. Hoc vero infans praestare non potest, quia loqui
5 non potest. Sed † an solus pupillus hoc modo, scilicet, pro herede se gerendo hereditatem acquirat, vetus fuit quaestio: propterea, quod cum de acquirendo agitur, non est pupillo necessaria tutoris auctoritas, *Instit. de auctor. tut.* Hic autem de acquirenda hereditate agitur, sed non solum de ea acquirenda agitur, verum etiam de pupillo obligando, quia hereditas nos aeri alieno obligat, *L. more, de acquirend. hered.* Et ideo iam olim receptum est, nec hereditatem acquiri, nec bonorum possessionem, nec fideicommissum hereditatis pupillo restitui posse, sine tutoris auctoritate, *§. neque, Instit. de auct. tut.* Et hoc ita intelligendum est, nisi sit infans, *L. si infanti*, ut dicetur infra.

6 Desiderantur † autem hic nominatim auctoritas tutoris; quia curatoris auctoritas est ad acquirendam hereditatem inutilis pupillo, etiamsi fingamus curatorem datum esse pupillo tutorem habenti, ut in aliquibus caussis receptum est, *L. cum in una, §. ult. de appellation.* Idque commune est, quia curator rebus datur, non personae. Tutor autem personae, non rebus, *§. 2. Instit. de curat.* In hereditate autem acquirenda nova persona magis suscipitur, quam novum dominium: & per consequentiam dominium rerum suscipitur: nam heres in personam & locum defuncti succedit, *L. quaedam, §. 1. de edendo*. Unde dicitur heredis personam eandem esse cum defuncti. *Novell. de iureiurand. a mor. praest. in medio.* Sciendum tamen est, si pupillo tutor non sit, posse pupillum adire magistratum, cuius decreto si hereditatem agnoscet pupillus, solemnitatibus iuris satisfactum est, & hereditas pupillo acquiretur, *L. si infanti, §. ult. infr. L. bonorum, supr. qui admitt. ad bonor. poss.* Haec de hereditate pupilli per ipsum acquirenda.

Hic dixerit aliquis, cur laboremus, an hoc, an illo modo, an huius, an illius auctoritate hereditas acquiratur: cum sit compendiaria via ad acquirendum, si tutor, qui iudicio valet, potest eius nomine adire hereditatem, eique acquirere? Et ne frustra in superiori definitione laboraverimus, subiicitur hic, quod ad posteriorem quaestionem pertinet. Nempe † 7
ipsius pupilli actum & voluntatem ad acquirendam hereditatem necessariam esse. Tutorem autem ipso ignorante ei acquirere hereditatem non posse. Quod ait rescriptum: actum & voluntatem pupilli in acquirenda hereditate esse necessariam, videtur adversari. *§. ult. Institut. de hered. qual. & differ. & L. si avia, seq.* ubi traditur, hereditatem sola animi destinatione, & sola voluntate acquiri.

Respondeo: haec non sunt contraria. Nam hereditas non acquiritur, nisi aut pro herede gerendo, aut adeundo, idest, verbis voluntatem suam testando de acquirenda hereditate, ut explicatur in *d. §. ult. Instit. de hered. qual. & differ.* Proinde si pupillus se pro herede gerit, hic manifeste utrumque requiritur, & actus gestionis, & voluntas, quatenus voluntatis pro suo captu capax est. Sed etsi pupillus hereditatem adit, hic quoque utrumque requiritur & actus & voluntas. Voluntas, ut velit hereditatem agnoscere; deinde actus, ut hanc voluntatem testetur, ut est in dicto *§. ult. Instit. de hered. qual. & differ.* Et quod dicitur sola animi destinatione hereditatem acquiri, id intelligendum est, ita sola destinatione, quae tamen testata est, *d. §. ult.*

Quod † additur: tutorem pupillo here- 8
ditatem acquirere non posse, duabus de caussis recte constituitur. Primo, quia nemo hereditatem acquirere potest, nisi cui delata sit, *dict. L. si quis extraneus, §. 1. de acquir. hered.* Defertur autem hereditas pupillo, non tutori; deinde hereditas obligat nos aeri alieno, ut supra dictum.

ctom. Tutor autem invitum pupillum hereditati obligare non potest, non magis, quam filius patrem, aut servus dominum, 9 *dicta L. qui in aliena*. Quod † de hereditate dicimus, idem etiam de bonorum possessione dicendum videtur, tutorem invito pupillo bonorum possessionem acquirere non posse, ob eam, quam dixi, caussam. Non obstat *L. tutor, & L. si pupillo, de bonor. possess. L. bonorum, sup. qui ad bonorum possess. adm.* ubi constanter traditur, tutorem pupillo bonorum possessionem petere posse. Aliud enim est bonorum possessionem petere pupillo, aliud possessionem ipsi acquirere. Prius recte fit, sed non acquiritur pupillo, nisi aut iam ante consenserit, aut petitionem postea ratam habuerit, argumentum in *L. 3. §. acquirere, de bonor. possess.* Hæc tamen temperata est in *L. si infanti, infra*, in infante, de quo constituitur, ut tutor eius nomine hereditatem adire possit. Secundum quam exceptionem & *L. potuit*, interpretanda est, iuxta regulam iuris, in toto iure generi per speciem derogatur, *L. in toto, de regul. iur.*

Ad L. Si avia. 6.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Philippæ.

Si avia tua patrem tuum ex duabus unciis scripsit heredem, ex sola animi destinatione pater tuus heres fieri poterat. Igitur, si testamento suo easdem uncias ad te pertinere decrevit: apud rectorem provinciæ duarum unciarum ius persequi poteris, PP. XVI, Calend. August. Sirmii ipsis IV. & III. A. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Hereditatem aperte non agnoscens, si vel in testamento, vel alibi dixerit, se velle, ut hereditas ad heredes suos perveniat; hoc ipso heres fit, & hereditatem transmittit.*
2. *Hereditas unde adita intelligatur.*

1 QUI † hereditatem sibi delatam aperte verbis non agnovit, ut diceret se velle heredem esse, neque quidquam hereditarium in ea hereditate attigit, si moriens in testamento, aut alibi dixerit, se velle, ut ea hereditas ad heredes suos vel institutos, vel legitimos perveniat, hoc ipso heres fit, & hereditatem transmittit ad heredes. An quod hic de hereditate aviæ agitur, quæ ex constitutione Theodosii filio delata transmittitur ad nepotes etiam non adita? *L. un. inf. de his, qui ante aper. tabul. hered. transm.* Minime: nam nondum edita illa Theodosii fuit constitutio. Itaque non potuit hic dici hereditatem transmitti ad nepotem, nisi quia 2 a patre erat adita. Sed unde † aditam intelligimus, cum non acquiratur hereditas, nisi aliquo modo heres testatus sit voluntatem suam de hereditate acquirenda, *§. ult. Inst. de her. qual. & differ.*

Respondeo, qui dixit se velle, ut hereditas sibi delata ad suos heredes perveniat, satis declaravit, se velle eam hereditatem matris ad se pertinere, ideoque se heredem esse: nam nisi quæsita esset ei hereditas non perveniret ad eius heredes, ut tempore huius rescripti ius fuit: qui voluit aliquid id etiam voluisse intelligitur, quod necessario antecedit, *L. illud, de acquir. hered.* Proinde qui se velle dixit hanc hereditatem pervenire ad extraneos, eam ad eos transmittet.

Ad L. Quoniam 7.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Eusobino.

Quoniam sororem tuam prius defunctam esse proponis, quam agnosceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictum: manifestum, atque evidens est, antequam pro herede gereret, vel bonorum possessionem admitteret, defuncti, successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere. PP. Kal. Maii, Thiralli AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Hereditatem, quam quis sibi delatam ignorat, adeundo, vel pro herede gerendo acquirere nemo potest.*
2. *Hereditas non adita, quanvis sine vitio heredis adita non sit, ad heredes non transmittitur.*
3. *An ius adeundi ad heredes transmittatur.*
4. *Hereditas non adita certis in casibus ad heredes transmitti potest.*
5. *Caussa, cur hereditas non adita transmitti possit, duplex assignatur.*

HIC statuuntur duæ sententiæ, quas
1 initio huius tituli attigi. Prior † est: neminem posse adeundo, aut pro herede gerendo hereditatem acquirere, quanvis sibi delatam, si ignoret eam hereditatem sibi delatam esse, quæ sententia expressa est *in §. ult. Instit. de hered. qual.*

2 Altera † sententia est, hereditatem non aditam, quanvis sine vitio heredis adita non sit, ad heredes eius non transmitti; regula iuris antiqui, quæ refertur & confirmatur *L. unica, §. in novissimo, infr.*
3 *de cad. tollend.* Sed an † heres ius adeundi saltem, quod habuit, ad heredes suos transmittit? Ex regulæ sententia hæc fuit: neque hereditatem, neque ius hereditatis adeundæ transmitti. Quod optima ratione constitutum est. Nam heres heredis qui hereditatem non adiit, aut voluit eam hereditatem adire ut hereditatem sui antecessoris, & id facere non potuit, quoniam illi quæsita non fuit: aut voluit adire ut hereditatem eius cuius iussu & a quo delata erat suo antecessori; & hoc multo minus facere potuit, quia illius non est heres. Cum igitur nullo iure possit hanc hereditatem acquirere, bene statuitur hanc hereditatem ad eos non transmitti.

Hoc tamen † ius non est perpetuum, 4
sed quibusdam in casibus hereditas non adita ad heredes transmittitur; quod statuitur partim ex persona, partim ex caussa. Ex personis tunc, cum agitur de hereditate parentum in liberos trasmittenda, de qua est constitutio Theodosii *L. unic. inf. de his, qui ante aper. tab.* cuius mentio est in *d. §. in novissimo, de cad. toll.*

Caussa, † cur placeat hereditatem non 5
aditam transmitti, est duplex. Prima, si heres, cui ius deliberandi tribuitur constitutione, intra tempus ad deliberandum præstitutum decesserit, *L. cum in antiquioribus, infr. hic*, cuius item mentio est in *d. §. in novissimo.*

Altera caussa est, si is, qui legitimus heres esse poterat defuncto, institutus sit ab eo, testamento suo, in quo is, qui in utero erat, præteritus sit. Nam si hic, dum pendet an postumus nascatur, nec ne, decesserit, non adita hereditate: placet eius heredes petere posse bonorum possessionem ex æquo & bono, *L. illud, §. ult. L. sequen. de bonor. possess. contra tabul. L. ventre, de acquirend. hered.* Has quoque exceptiones attigimus supra ad *L. emancipata, supr. qui ad bon. poss. admit. poss.*

Ad L.

Ad L. Licet. 8.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Claudio.

Licet incontinenti sui heredes se paternis non immiscuerint bonis: tamen ignorantes delatam sibi esse hereditatem, longi temporis praescriptione, quo minus hanc recte vindicent, excludi non possunt S. XVII. Calend. Ianuar. Sirmii. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *An vindicanti hereditatem obstet longi temporis praescriptio.*

2. *Quid si possessor triginta annis possederit hereditatem?*

Filius, qui in potestate patris morientis fuit, patri defuncto exstitit ipso iure suus heres, etiamsi ignoret patrem defunctum esse, *L. 3. supr. hic* Heres factus hereditatem sui iuris recte vindicat a quibusvis possessoribus, qui hereditatem pro herede, ut possessores possident, *L. regulariter*, *D. de hered. petit. L. hereditas, supr. d. titul. de pet. hered.*
1 Quaesitum † est, an vindicanti obstet longi temporis praescriptio, si is, a quo hereditas vindicatur, bona fide eam hereditatem longo tempore possederit, idest, 10. annos inter praesentes, 20 inter absentes, *L. ultim. infr. de long. temp. praescript. L. ult. de usucap. transfor. infra.* Movent quaestionem constitutiones, quibus efficitur, his, qui rem aliquam bona fide & iusto titulo initio possident, competere praescriptionem longi temporis, *L. 2. & tot. tit. infr. de praescr. long. temp.* Et placet hereditatem vindicanti non obstare longi temporis praescriptionem, quicunque heres sit, qui hereditatem vindicabit, ut hic traditur, & *L. hereditatis,* supr. *de pet. hered. leg. diutina,* infr. *de praescript. long. tempor. L. hereditatem,* infr. *in quibus caussis long. temp. praescript. cess.*

Non obstat, quod longi temporis praescriptio bonae fidei possessori datur. Non enim solum hac conditione datur, si quis bona fide possederit, sed hoc amplius, si iusto titulo, *d. L. 2. & L. penult. L. nullo, de rei vindicat.* Is autem, a quo hereditas petitur, nullo iure possidet: quae ratio significatur in dicta *L. diutina, infr. de long. tempor. praescript & dicta L. hereditatem,* infr. *in quib. caussis cess. long. temp. praescript.* idque intelligitur ex definitione possessionis. Nam petitio hereditatis competit adversus eum, qui pro herede, prove possessore possidet, *d. L. regulariter, de hered. pet.* Is autem possidere dicitur pro herede, qui putat se heredem esse, & non est. Pro possessore autem possidet praedo, idest, is, qui non putat etiam se heredem esse, *L. pro herede, in prin. & §. ult. cum L. seq. de pet. hered.* Neuter igitur illorum titulo possidet, cum neuter sit heres, nec illi prodest, si putet se heredem esse: non enim ideo heres est, quia se esse putat. Denique error tituli usucapionem non adfert, *L. Celsus, de usucap.* Quid si † pos- 2
sessor hereditatis 30. annis possederit hereditatem? Respondeo; Nocebit vindicanti heredi triginta annorum praescriptio, sive sit filius defuncti, sive extraneus, *L. sicut, infr. de praescript. 30. vel 40. annorum.*

Ad L. Si te bonis. 10.

Impp. Diocletian. & Maximin. AA. & CC. Sabinæ.

Si te bonis paternis maior quinque & viginti annis immiscuisti: neque inopia patris te excusat, neque vis fratris portionem tuam vel testamentum eripientis arcere de exactione creditorum, qui iure civili pro hereditaria portione te conveniunt, potest. S. XVI. Kal. Ian. Sirmii, Cæsaribus Coss.

SUMMARIA.

1. *In suis heredibus idem valet immixtio, quod in extraneis aditio aut pro herede gestio; obiter utrunque quid sit.*
2. *Heres bonis paternis sese immiscens, si hereditas eius solvendo non fuerit, utrum creditoribus ita teneatur, ut de suo solvere cogatur.*
3. *Quid si frater, vel alius portionem eius hereditariam occupaverit, ut iis satisfacere non possit.*

1 Quod in extraneis † hereditatis aditio, aut pro herede gestio, id valet in suis heredibus immixtio. Heres extraneus hereditatem adeundo, aut pro herede gerendo fit heres, ita ut iure civili postea repudiare non possit *L. infr. prox. tit.* Eodem modo & suus heres, cum se bonis paternis immiscuit, ita efficitur iure civili suus heres, ut nec iure prætorio habeat abstinendi facultatem *L. necessariis de acq. her.* In suis heredibus immiscere se bonis idipsum est, quod in extraneis pro herede gerere, idest, ita se immiscet filius bonis paternis, cum aliquid gerit tanquam heres patris, *L. cum bonis, de acq. her.* Sed extraneus dicitur adire & pro herede, idest, tanquam heres gerere; quia venit ad bona nondum quæsita, sed oblata tantum, idque facit, non quia iam sit heres, sed quasi heres. Suus autem priusquam sese immisceat patri heres est, & dominus rerum hereditariarum: ideo si eas res attingit, dicitur se suis bonis immiscere.

Et hæc de maiore 25. annis herede dicta sunt, ut initio huius rescripti dictum est; quia minor sive hereditatem adierit, cum esset extraneus, sive suus se immiscuerit, ita fit iure communi heres, ut tamen possit impetrare in integrum restitutionem, ut sibi repudiare, aut sese abstinere liceat bonis, *tit. si ut minor se abstineat hered. sup.* Hæres ita † factus, 2 ut supra dictum est, statim obligatur creditoribus hereditariis, de quo effectu hic agitur, quæriturque primum, quid si hereditas eius non fuerit solvendo?

Respondetur, eum nihilominus obligari hereditariis creditoribus, pro qua parte heres est, ut si non solvendo sit hereditas, de suo dependere cogatur, *L. more, de acq. hered.* Rursum † quid si bonis here- 3 dis frater, vel alius portionem eius hereditariam ei occupavit, ut non habeat, unde satisfacere possit creditoribus? Respondeo, hoc ei nihil prodesse adversus creditores, optima ratione: nam quod portio eius hereditaria occupatur ab aliis, casus fortuitus est. Porro neque incendium, neque quivis alius casus fortuitus, ære alieno eximit creditorem, *L. incendium, sup. si cert. pet.* Præterea hæc ipsa occupatio iniuria est, quæ fit heredi; iniuriam sibi factam heres ad aliorum iniuriam proferre non debet: seu iniuria uni facta, non debet nocere aliis, *L. si per imprudentiam, in princ. de evict.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Renitente. 11.

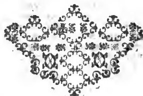
Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Philumenæ.

Renitente te pater tuus, in cuius fuisti potestate, neque spem delatæ tibi legitimæ quærendæ successionis absumere, neque hereditarios manumittendo servos, his præstare libertatem potuit. S. VI. Id. Feb. Sirmii, CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Delata filiofamilias hereditate pater non potest invito filio repudiare hereditatem, vel eam acquirere, vel res hereditarias alienare.*

HEreditate filiofamilias delata, quamvis hereditas adita acquiratur patri in totum, aut saltem acquiratur eius fructus; tamen soli filio hereditas defertur, ita ut nisi filio adeunte acquiri non possit; quia si recusabit hereditatem, cogi non potest. Hoc ius in servo herede instituto locum habet, multo magis in filiofamilias, *L.* 3. *sup. de instit. & substit.* Huc facit *L. qui liberis*, *§. ult. de vulg. L. si postumus, de lib. & postu.* Ex hoc iure hæc sunt consequentia, quæ hoc rescripto tra-
1 duntur: scilicet, delata † filiofamilias hereditate, patrem non posse invito filio repudiare hereditatem, vel eam acquirere, vel res hereditarias alienare, & in summa ius filii inviti imminuere facto suo non potest: non potest pater eam hereditatem repudiare sine filio, quia nec eo invito acquirere potest, *L. is qui heres*, *§. ult. L. is potest de acquir. hered.* Non potest pater eam hereditatem acquirere invito filio, quia solus acquirere potest, cui delata est, *L. si quis extraneus*, *§.* 1. *de acquir. hered.* Filio autem delata est hereditas, non patri. Quod si pater invito filio acquirere non potest, palam est, eum servos hereditarios manumittere non posse, res hereditarias vendere, aut de cæteris rebus statuere: hæc enim solus dominus facere potest, iuxta regulam iuris: *Nemo plus*, *&c. de reg. iur.* Iam autem effectum est primum dominum non esse. Hinc intelligi potest licere filio hereditate sibi delata procrastinare aditionem, & in id tempus reiicere, dum sui iuris efficiatur, ut sui iuris factus hereditatem adeundo sibi acquirat in totum, & quod ad proprietatem, & quod ad usumfructum attinet, *L. non est dubium, inf. h. tit.*



Ad L.

Ad L. Non est dubium. 15.

Imp. Constant. A. ad Leontium *Comitem Orientis*.

Non est dubium, si priusquam filius iussu patris adierit hereditatem, propriæ potestatis effectus sit, arbitrio suo eundem hanc sibi potuisse quærere. Dat. XVII. Kal. April. Limenio & Catulino Coss.

SUMMARIA.

1. *Filiusfam. sui iuris factus an suo arbitrio hereditatem antea sibi delatam adire possit, & si potest, utrum sibi, an patri acquirat.*
2. *Quæ dubitandi ratio.*
3. *Quare patri acquiratur, quod stipulatus est filiusfam. sub conditione, quandocunque ea exstiterit; non autem hereditas filiofam. delata, & eidem iam emancipato quæsita.*

Filiofamilias delata hereditate, si priusquam adiret, sui iuris factus sit, puta
1 a patre emancipatus: quæritur, † si postea hereditatem adire velit, utrum suo arbitrio possit, & si potest, utrum ei, an patri acquiratur eatenus, quatenus acquisitum esset, si dum erat in potestate, eam adiisset? Et respondetur, eum non solum arbitratu suo adire posse, sed etiam si adiret, sibi hereditatem acquirere in solidum,
2 nihil patri. Movebat † in contrariam sententiam exemplum stipulationis & contractuum. Nam si filiusfamilias stipulatus sit sub conditione, si navis ex Asia venerit, quamvis emancipato eo conditio postea exstitit; tamen nihilominus obligationem & actionem acquiri patri, non filio, ut spectetur id tempus, quod ante fuit, non id, quo conditio exstitit. At hereditas cum defertur filiofamilias, omnino sub conditione acquiritur, si eam adeat; proinde si pendente conditione hac, sui iuris fiat, & postea hereditatem adeat, eodem exemplo videtur dici debuisse hereditatem patri acquiri, non filio, ut spectetur id tempus, quo conditio exstitit. De conditionali stipulatione dictum est *in L. si filiusfamilias, de verb. obligat.*

Respondeo: exemplum nos movere non
3 debet. Nam inter omnes iuris auctores † constat, differre in hac re stipulationes a testamentis, seu differre, utrum filiusfamilias stipuletur aliquid, & hoc sub conditione: an vero filiofamilias deferatur aliquid testamento. Sub conditione stipulatio fit, ut omnimodo acquiratur patri, quandocunque conditio exstiterit. Quod autem testamento relictum est sub conditione, id non aliter acquiritur patri, quam si filio manente in potestate, conditio exstiterit, *L. quæ legata, de regul. iuris. L. si uxorem, infra, de condition. insert.* Idque significatur in dicta *L. si filiusfamilias, de verb. obligat.* Differentiæ ratio multum quæsita est, in quo aliis aliud videtur. Hæc ratio, quam dicam, certa est. Unumquodque per filium patri acquiri potest duabus de caussis; vel quia filiofamilias iam quæsitum sit; vel quia in eo acquirendo filiusfamilias aliquid fecerit. Nam quod filiusfamilias fecit, dixitve, quod ad acquirendum pertineat, id fecisse & dixisse pater videtur voce filii, *§. si vero, §. post mortem, Instit. de inutil. stipul. L. quodcunque, de verb. obligat.*
Ex hac ratione fit, ut stipulatio conditionalis a filiofamilias interposita, statim acquiratur patri; quia etsi pendente conditione nulla obligatio esse potest, quæ acquiratur vel patri, vel filio; tamen filius stipulatus est, ut proinde habendum sit, quasi pater stipulatus esset. Quod si pater stipulatus esset, nemo negaret, quandocunque conditione existente, obligationem acquiri patri. At in legatis & hereditatibus, quæ sub conditione deferuntur, vel expressa, vel tacita, nulla ex his caussis intercedit pendente conditione, propter quam caussam hereditas, aut legatum patri acquiri possit. Nam pendente conditione legati, aut hereditatis nulla res est, quæ acquiratur, etiam filio, nedum patri, arg. *L. cedere, de verb. signif.* Sed nec in legato, aut hereditate voluntas filiifamilias intervenit, qua legatum, aut hereditas deferatur. Hæc enim deferuntur sola voluntate testatoris sine facto heredis, aut legatarii. Manifesta igitur ratio est, cur neque legatum conditionale, neque hereditas patri acquiratur, si filio emancipato legati conditio exsistat.

Ad L.

Ad L. Nec emere. 16.

Impp. Arcadius & Honorius AA. Annodio.

Nec emere, nec donatum adsequi, nec damnosam quisquam hereditatem adire compellitur. Datum VI. Kal. Ian. Olybrio & Probino Coss.

S U M M A R I A.

1. *Nemo rebus adhuc integris emere, aut vendere aut hereditatem adire cogitur.*
2. *Secus si res amplius integræ non fuerint.*
3. *Contraria diluuntur.*
4. *Quare hereditatem invitus quispiam adire non compellitur.*

1 NEmo † emere compellitur, aut vendere, *L. invitum, supr. de contrahend. empt.* quia emptio contractus est, & is, qui solo consensu perficitur, *L. 1. §. ult. de contrahend. empt.* Et quanvis solo consensu non perficeretur; tamen consensu vacare non posset, si esset contractus. Nullus est contractus sine conventione & consensu, *d. L. 1. §. 1. de pact.* Non consentit autem, qui cogitur; nihil enim tam contrarium est voluntati, quam vis, *L. nihil consensui D. de reg. iur. L. 1. D. quod metus caussa.* Sed hoc
2 ita est, † si ab initio de re emenda agatur rebus adhuc integris. Nam si quis partem communis fundi emerit, & iudicio communi dividundo altera pars adiudicata sit emptori, hæc quoque pars venditori invito accedit, *L. Iulianus, §. idem Celsus, de act. empt.* Quod item fit, quia qui semel partem emit voluntate sua, ea voluisse intelligitur, quæ necessario accederent. Idemque in hereditate acquirenda receptum est. Nam ab initio nemo cogitur subire hereditatem; si tamen hereditatis partem adierit quis, deinceps reliquorum coheredum portiones deficientes invitus accipiet, *L. quidam, infr. hic.* Nemo donatum accipere cogitur. *L. invito, D. de reg. iur. L. hoc iure, §. non potest, D. de donation. L. invitus, §. ult. de regul iuris.* Idque eadem ratione, qua nemo emere cogitur: quia nemo rem accipit, nisi volens, nec transfertur dominium, nisi cum ex utraque parte tradentis & accipientis concurrit affectus, *L. in omnibus, D. de obligat. & action.*

Non adversatur huic † sententiæ, quod 3
dicitur per servum etiam invito domino acquiri, *L. servus vetante, D. de verb. obligat. L. etiam invitis, D. de acquir. rer. dom.* Item quod dicitur, unumquemque pro debitore solvendo ignorantem & invitum debitorem liberare, *Instit. quib. mod. oblig. toll. in pr. L. solvendo, D. de neg. gest. L. solutionem D. de solut.* Nam nec donatum servo invito acquiri posset invito; sed a servo quæsitum acquireretur invito domino. Verum in persona domini non est donatum aut etiam simpliciter datum. Non enim ut datum dominus acquirit, sed ut rem, quæ servo data est, tanquam fructum servi percipit per consequentiam rei suæ, quemadmodum & fructus ex sua re perciperet & perceptos acquireret, *L. qui scit, §. 1. de usur.* Sed & illud, quod quis nomine debitoris solvit, creditori nunquam invito acquiritur. Nam creditor nunquam accipiet, nisi volet, cum autem accepit, debitor invitus liberatur; non quia illi quicquam detur invito, sed quia invito obligatio adimitur, quod per rerum naturam facere licet. Eadem ratione † nec hereditatem 4
invitus quisquam compellitur adire: acquiritur enim hereditas extraneis heredibus volentibus, *§. ult. Instit. de her. qual. & differ.* Acquiritur quidem hereditas necessariis heredibus etiam invitis, ut servis & filiis, qui in potestate morientis fuerunt, sed in his aditio est supervacua, *d. L. in suis, D. de suis & legit.*

Ad L.

Ad L. Cretionum. 17.

Impp. Arcad. & Honor. & Theodos. AAA. Anthemio, *præfect. præt.*

Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus. Dat. V. Kal. April. Constantinop. Honorio VII. & Theod. AA, Coss.

SUMMARIA,

1. *Hereditas heredibus extraneis quot acquiratur modis? & nu. 7.*
2. *Pro herede se gerere quid.*
3. *Adire hereditatem quid.*
4. *Adire hereditatem, & pro herede gerere, quid differant.*
5. *Adire hereditatem unde dictum.*
6. *Aditio olim solemni verborum formula fiebat, & quæ illa.*
7. *Agnoscere hereditatem quid.*

ET *adeundi* verbum, quod supra usurpatum est, & *cretionis*, quod hic commemoratur, nos admonet, ut quæramus, non solum quid his verbis significetur, sed etiam quibus modis acquiratur hereditas extraneis heredibus, quem locum initio huius tituli obiter attigimus.
1 Et acquiritur † extraneis hereditas sola animi destinatione, *L. si avia, sup.* sed hic animus declaratur aut adeundo, aut pro herede gerendo. Unde totidem modis hereditas acquiri dicitur extraneis heredibus; tot enim ponuntur in his locis, *L. cum in antiquioribus, inf. L. & si quis, §. si quis, D. de religios. L. quamdiu, institutus, D. de acquir. her.* Quæ genera ita distincta sunt, ut neque qui adit, pro herede se gerere, neque qui pro herede gerit, secundum significationem verbi adire intelligatur: unde dubitatio in *L. si quis mihi bona, §. sed*
2 *quid si, D. de acquir. her.* Pro herede † gerere, est facere aliquid, quod non possis facere utiliter, nisi sis heres, ut *ad L. 1. & 2.* dictum Sic dictum, quasi pro domino gerere, *§. ult. Inst. de hered. qual.*
3 *& differ.* Adire † autem hereditatem est aperte & recta profiteri, se velle heredem esse: quod fit verbis, ut est *in d. §. ult.* vel nutu, cum quis interrogatur, an velit heres esse, & annuit, *L. servo, §. si pupillo ad Trebell.* vel scripto, dum se velle heredem esse scribit, arg. in *L. 1. de ac-*
4 *quir. her.* Ex † quibus definitionibus intelligitur, adire esse nudæ voluntatis; pro herede gerere esse facti & administrationis. Item adire, habere apertam professionem voluntatis de hereditate acquirenda: pro herede autem gerere nullam voluntatis professionem habere, sed factum ipsum, ex quo deinde ratiocinando animus agnoscendæ hereditatis colligitur.

Adire † hereditatem ita dictum est, quasi dicas ire ad hereditatem, ut eam habeas. Unde pro verbo *adeundi* veteres hac usi sunt formula, ut dicerent: eum heredem, qui vellet heres esse, accedere ad hereditatem, seu successionem, *L. 3. supr. h. tit. L. ult. de acq. her.* Aditio † olim fieri solebat solemnibus verbis, 6 ut discimus ex fragmentis Ulpiani *tit. de hered. instit.* Solemnis autem formula hæc erat: *Cum me Lucius heredem instituerit, eius hereditatem adeo, cernoque.* Ex quo verbo postremo genus aditionis *cretio* appellatum est. Tunc autem necesse erat verbis his solemnibus hereditatem cernere, eum testator heredem instituerat cum cretione, ut testis est ibidem Ulpianus, idest, cum ita eum heredem instituerat, ut simul iuberet eum cernere hereditatem suam intra certos dies, quos illi præstituebat, ut vellet eos dies utiles esse, quibus sciret heres, possetque cernere: interdum ita, ut vellet esse continuos. Hoc posterius dicebatur cretio continua, quod exigeret dies continuos.

Prius cum faciebat, dicebatur cretio vulgaris, quod vulgo testatores in cretione iniungenda, dies utiles exigerent, quibus heres sciret, possetque hereditatem cernere, ad quod allusit Antonius *Lib. 2. de orator.* cum ita loquitur: *Et dicam, quod scio poteroque, ut est in cretionibus.* Sic enim legendum esse, post edita illa fragmenta Ulpiani intelligimus, ut prius perperam & nullo sensu lectum sit, *ut est in conditionibus.* Hac constitutione cretionum

num solemnitas sublata est, postquam constitutione effectum est, ut ad acquirendam hereditatem nihil interesset, utrum quis pro herede gereret, an adiret, & in adeundo utrum solemnibus verbis uteretur, an non? Et hoc est, quod in §. *ult. Inst. de her. qual.* dicitur; *Quibuscunque verbis declaraverit quis voluntatem suam de acquirenda hereditate, hereditatem acquiri*. Neque eo minus tamen etiam nunc recte dicetur adiri & cerni hereditas: utrumque enim per translationem dicitur, & alterum sine altero in acquirenda hereditate esse non potest. Nemo enim adit hereditatem, idest, accedit ad hereditatem, ut acquirat, nisi cernat animo, tanquam suam, nec cernit quisquam, nisi qui prius ad eam accesserit, idest, uno verbo, qui eam adierit.

7 Manent † igitur duæ illæ species distinctæ, acquirendæ hereditatis, quas supra posuimus, aditio & pro herede gestio, neque plures species leguntur, ut apparet ex iis locis, quos de iis duabus speciebus supra retulimus. Neque adeo plures esse possunt, si hereditas sola animi destinatione acquiritur, ut acquiritur. Sunt tamen qui hac divisione usi sunt, ut dicerent hereditatem acquiri, aditione, pro herede gestione, cretione, immixtione, agnitione, quæ divisio ex ignorantia verborum, & manifesta imperitia iuris nata est. Nam primum certi iuris est, immixtione hereditatem acquiri non posse, nisi suis heredibus, in quibus solis locum habet immixtio, ut dictum ad *L. si te sup.* Nam sui fiunt heredes, sive se immiscuerint, sive non, ut dictum supra ad *L.* 3. Cum ipso iure illis hereditas quæsita sit statim ab initio: eam nullo suo facto postea amplius quærere possunt, §. *sic itaque, Inst. de action.* Iure quidem prætorio iis, qui se immiscuerint, denegatur abstinendi facultas, *L. necessariis de acq. her.* Sed non item immixtione acquiritur iure prætorio. Acquiritur ipso iure tam ex legibus, quam ex edicto prætoris, sed acquisita retinetur iure prætorio post immixtionem; quoniam si se immiscuerint, postea abstinere non possunt. Cretione autem acquirebatur olim hereditas, sed cretio nihil aliud erat, nisi aditio solemnis, ut testantur verba cretionum; *Eius hereditatem adeo, cernoque*. Quæ verba coniunguntur, non quia diversæ hic res sunt adire & cernere, sed ut magis animus adeuntis intelligeretur.

Agnitionem autem distinguere ab aditione, & novam speciem acquirendæ hereditatis facere, summæ est imperitiæ. Nam † *agnoscere hereditatem* nihil aliud est, quam testari se heredem esse velle, 8 *L. si avia, supr.* Hoc autem nihil aliud est, quam hereditatem adire. Quod si propter verbum *agnoscendi* nova species acquirendæ hereditatis statuenda est, debuit etiam dici hereditatem acquiri admissione, amplexatione, susceptione. Nam & heredes cum adeunt hereditatem, dicuntur hereditatem admittere, *L.* 6. §. 1. *de acquir. her. L. quidam, infr. h. t.* Dicuntur etiam amplecti hereditatem, *L. quæsitum, D. de acquir. hered. L. si liberti supr. de bonis liber.* Dicuntur etiam suscipere hereditatem, *L. eum bonis, D. de acquir. her.* §. *ult. Instit. de hered. qual. & diff.* Sed hæc omnia plura verba sunt, sed unam eandemque rem significantia, nempe aditionem, & testationem voluntatis de acquirenda hereditate. Nam hæc tria, *agnoscere, amplecti, admittere hereditatem*, dicta sunt per translationem, ducta ab iis, qui aliquos tanquam amicos suos agnoscunt, pro suis amplectuntur, & salutati ad se admittunt & suscipiunt, ut probent se illos vere pro suis agnoscere, quod in hereditate acquirenda facit is, qui vult heres esse. Eadem translatio est in verbo *adeundi*, quod in prioribus verbis hereditas sic accipitur, quasi esset res mobilis, quæ ad nos veniat. In *adeundi* autem verbo sic de hereditate agitur, quasi res sit immobilis, ad quam accedamus, & ad quam intromittamur. Qua ratione heres cum adit hereditatem, non tantum dicitur hereditatem admittere, sed etiam dicitur eodem sensu admitti ad hereditatem, *L. si servus, D. de acquir. her. supr. qui admitti ad bon. poss. possunt.*

Ad L. Si infanti. 18.

Impp. Theodos. & Valentin. AA. ad Senatum.

Si infanti, idest, minori septem annis, in potestate patris vel avi vel proavi constituto vel constitutæ, hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata a matre, vel linea, ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis: licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere. ¶ 1. *Sed si hoc parens neglexerit, & in memorata ætate infans decesserit: tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, iure patrio quasi iam infanti quæsita capere.* ¶ 2. *Parente vero non subsistente, siquidem post eius obitum tutor infanti sit, vel datus fuerit: posse eum etiam adhuc infante pupillo constituto eius nomine adire hereditatem, sive vivo parente, sive post mortem eius ad eum devolutam: vel bonorum possessionem petere, & eo modo eidem infanti hereditatem quærere. Sin vero vel non sit tutor, vel cum sit, ea facere neglexerit: tunc eodem infante in ea ætate defuncto, omnes hereditates ad eum devolutas, & non agnitas, ita intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatæ: & eo modo ad illas personas perveniant quæ vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata. Ea vero quæ de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt & si quacunque caussa sui iuris idem infans inveniatur. Si autem septem annos ætatis pupillorum excesserit & priore parente mortuo, in pupillari ætate fati munus impleverit: ea obtinere præcipimus, quæ veteribus continentur legibus: nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suæ ætatis ipse adire hereditatem, vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub eius potestate sit: vel cum tutoris auctoritate, si sui iuris sit, possit: vel si non habeat tutorem, adire prætorem, & eius decreto hoc ius consequi. Dat. VI. Id. Novemb. Ravennæ, Theodosio XII. & Valentiniano II. AA. Coss.*

S U M M A R I A.

1. *Hereditatem infanti, qui parentem masculum habet, delatam solus pater infantis nomine adire, eique acquirere potest.*
2. *Pater hereditatem infanti delatam adire negligens, eam, mortuo infante, iure patrio capere potest, & hic* iure patrio *capere quid sit.*
3. *An hæc lex sit* Novella constitutione de hered. ab intest. venientib. *abrogata.*
4. *Hereditas infanti delata, si defuncto parente in tutoris sit potestate, quomodo acquiratur & ad quos transmittatur? & n. 5.*
6. *Hereditas, tutore non adeunte, ad quem post mortem infantis transmittatur.*
7. *Hereditas patris filiofamilias infanti quæritur etiam non adita, eaque transmittitur ad heredes.*
8. *Hereditas pupilli, qui maior est infante, quomodo & acquiratur & transmittatur.*

HAc lege ius constituitur inprimis animadversione dignum de hereditate, quæ pupillo delata sit, tum acquirenda, tum non quæsita transmittenda. Sic quoque aliud ius lex constituit in infante, aliud in eo, qui sit maior infante. In infan-

fante utraque in parte, ideft, tum in acquirenda, tum in transmittenda hereditate lex ius conftituit fingulare & novum, a quo pofterioribus conftitutionibus receffum non eft. In eo autem, qui maior eft, ius antiquum obtinet. Rurfum in infante diftinguitur is infans, qui patrem, aut alium parentem mafculum habet, ab infante, qui parente mortuo eft in poteftate tutorum. De eo, qui patrem habet, ius eft conftitutum *in princ.* & *verf.* 2. Ac primum de hereditatis infanti acquirendæ ratione, ad hanc fententiam.

1 Quæcunque † hereditas delata erit infanti, qui parentem habet mafculum, hanc pater folus infantis nomine adire poteft, eique acquirere. In quo fi regulas iuris fequemur, multa funt, quæ huic fententiæ adverfantur; fed, ut dixi, ius fingulare eft conftitutum & novum, ideo quæ contra dicuntur, nihil negotii eft diluere.

I. Opponitur *L. potuit, fupr. h. t.* ubi cavetur hereditate pupillo delata ipfius actum & voluntatem effe neceffariam in hereditate accipienda. Refpondeo: hac lege infantem excipi, in quo propter utilitatem infantis ab eo iure confulto difceffum fit, & merito. Nam infans neque hereditatem adire poteft, ut illius dominus, neque pro herede ullo modo gerere, fi vere iudicare volumus. Nam pro herede gerere facti eft, fed & nihilominus animi eft, nec quifquam gerit, nifi qui animo agnofcit hereditatem, *L. pro herede, L. geft, D. de acquir. her.* Proinde priufquam hereditas infanti amittatur, recte conftitutum eft, ut ei acquireretur a patre, quanvis ipfo ignorante, nec confentiente, qui alioqui nullum intellectum habet, *§. pupillus, Inft. de inut. ftip.*

Pugnat etiam hoc ius cum regula iuris de acquirenda hereditate. Nam quibus ex cauffis repudiari hereditas non poteft, iifdem nec acquiri poteft, *L. fi quis extraneus, § 1. de acquir. her.* Pater autem fine confenfu infantis repudiare hereditatem non poteft, *L. is, qui heres, §. ult. de acquir. her.* Proinde nec fecundum hanc regulam acquirere poteft ignorante infante. Sed hic ius fingulare eft pro utilitate infantis conftitutum, ut ei acquiratur hereditas. Poftremum eft commune ius, quo conftitutum eft, ne cui hereditas ignoranti acquiratur & invitus obligetur æri alieno, *L. 6. in pr. de acquir. her.* quo placet pupillum, ne auctore quidem patre, obligari poffe, *L. ult. §. pupillus de verb. oblig.* Sed & hic, ut dixi, ius fingulare eft, ubi non de obligando tantum infante agitur, fed de hereditate ei acquirenda: neque iniquum eft, infantem ignorantem, per confequentiam obligari. Nam fi maiora funt commoda hereditatis, quam incommoda, nullum damnum eft infanti hereditatem acquififfe. Quod fi maiora erunt incommoda, quæ præter fpem emerferunt, ut fit, ne hoc quidem ei damnofum eft; quia licet ei, cum adoleverit, aut fui iuris factus fuerit, impetrare in integrum reftitutionem, *L. ult. §. ubi autem, inf. de bon. quæ liberis.*

Ut autem fingulare ius eft in ratione hereditatis infanti acquirendæ, cum patrem habet, ita & fingulare ius eft in hereditate tranfmittenda. Nam hic in *verf.* 2. ita conftituitur: Si † pater hereditatem 2 infanti delatam adire neglexerit, patrem eam hereditatem mortuo infante iure patrio capere poffe, quafi infanti fuiffet quæfita. In quo primum fingulare ius eft, quod conftituitur de hereditate tranfmittenda, quæ adita non fuerit, neque ab infante, neque a patre. Eft enim contra regulam iuris; quia hereditas non adita non tranfmittitur, *L. un. §. in noviffimo, inf. de caduc. tollen.* Et ideo hic cafus notandus eft, & adiiciendus his, in quibus regulam iuris locum non habere dixi ad *L. 1. fup.* Deinde & illud fingulare, quod placet, hanc hereditatem non tranfmitti ad heredes quofvis infantis, fed ad parentem mafculum duntaxat. Ait enim conftitutio, *iure patrio:* deinde in *§. fin vero, eadem lege*, conftituitur ita, fi infans, qui non habet parentem, decedat hereditate non adita, ut hereditas non tranfmittatur ad eius heredes, fed redeat ad eos, ad quos pertineret, fi infanti non effet delata.

Hic quæfitum eft, quo iure pater eam hereditatem capiat & an capiat iure peculii: nam quotiefcunque filiusfamilias inteftatus decedit, ut hic infans qui fuit in poteftate deceffit, toties pater bona filii occupat tanquam fua, peculii iure, etiamfi effent bona caftrenfia, aut quafi: multo magis fi erunt adventitia? *L. 2. de pecul. caftr.* Hoc autem ideo quæritur; quia fi pater hanc hereditatem peculii iure occupat, eam capit ipfo iure fine ulla aditione, fuo iure, eoque etfi ea adita non erit, nihilominus eam tranfmittet ad quofcunque heredes. Et dicendum eft, eam hereditatem patrem peculii ratione & iure occupare non poffe. Prius eft enim, ut ea hereditas fuerit in peculio infantis, ut tanquam peculium infantis occupari poffit. Nunc autem in peculio infantis effe non potuit, cum illi non fuerit quæfita. Præterea hanc hereditatem peculii iure non cape-

capere patrem, argumentum certissimum est, quod placet in hac ipsa constitutione eam hereditatem etiam ad parentem pertinere, si infans sui iuris fuerit, non in potestate patris, *vers. ea vero*. Infantis vero & eius filii, qui in potestate patris non est, nullum peculium est, *L. ult. quando act. de pecul. L. ult. cir. fin. sup. de inoffic. test.*

Sed an pater hanc hereditatem capit tanquam heres? Respondeo: nec id quidem, alioqui si tanquam heres caperet, etiam ea hereditas ad reliquos infantis heredes pertineret, ubi pater non esset, quod secus est, *§. fin vero, infr.* Quo iure igitur capiet? Id expressum est in constitutione. Capit iure patrio, idest, ut heres quidem, sed non solum ut heres, verum etiam ut pater, ac nisi pater esset, non caperet, in quo singulare ius perspicitur patris caussa maxime constitutum.

5 Hoc loco quaesitum † est, an recessum sit ab hoc iure *ex Novell. constit. Iustin. de hered. ab intest. venientibus*. §. 1. Cuius summa comprehensa est in *Auth. defuncto, inf. ad Tertull.* Nam illic constitutum, si quis intestatus decesserit sine liberis, relicto patre & matre & fratribus, hereditatem inter ipsos ex aequo dividi, non solum ad patrem pertinere. Num ergo idem dicemus in hac hereditate infanti delata, quae non adita ad patrem lubetur pertinere? Respondeo, speciem huius legis ad constitutionem Iustiniani non pertinere ullo modo, & ideo manere huius legis constitutionem. Nam Iustiniani constitutio loquitur de hereditate defuncti, quam vult inter suprascriptas personas ita dividi, ut diximus. Nunc autem ea hereditas, de qua ibi agitur, infantis non fuit. Non obstant verba huius constitutionis, cum dicitur, patrem eam hereditatem capere, quasi infanti esset quaesita. Haec enim verba sunt similitudinis, quae non significant vere quaesitam esse, sed cum de transmittenda agitur, perinde habendam esse, quasi quaesita esset, ut acquiratur patri, sic in *L. precibus, de impub. in fin.* dicitur hereditas restitui, verum ex caussa fideicommissi; ubi tamen nullum fideicommissum est.

Haec de infante, qui parentem habuit.

4 Quod † si parente defuncto infans sit in potestate tutoris: hic singulare ius est in ratione acquirendae hereditatis: in transmittenda autem hereditate ius antiquum est. Nam *in §. parente*, ita statuitur, etiam tutorem infantis nomine hereditatem adire posse, eique quaerere, quod hic singulare est, constitutum contra *L. potuit*, *sup.* & contra eas rationes, quas illic reddidimus. Sed hoc, ut dixi, infantis caussa est constitutum, cum per ipsum hereditas quaeri non posset, ut qui nullum intellectum habeat.

Et † notandum tutore ita adeunte, sic 5
acquiri infanti hereditatem, ut eo mortuo transmittatur ea hereditas ad quosvis eius heredes; tum enim solum non transmittur, cum hereditas a tutore adita non est, ut est in *§. fin vero*, ubi colligitur differentia notanda inter infantem & furiosum. Nam si furioso hereditas delata sit, placet quidem hereditatem ei vivo tribui, ut administretur per legitimum curatorem, tanquam furioso quaesita. Caeterum si furiosus in eodem morbo decedat, non pertinet ad furiosum heredes, sed ad eos, ad quos pertineret, si furioso non esset delata, *L. ult. §. pen. sup. de curat. furiosi* Differentiae ratio est in auctoritate tutorum & curatorum. Tutor hereditatem accipere & acquirere potest infanti; quia infantis quodammodo loco est. Tutor enim personae datur: curator non personae, sed rebus, *L. in copulandis, sup. de nupt.* Et ideo dicitur curatoris auctoritas inutilis esse pupillo ad acquirendam hereditatem, *L. cum in una §. ult. de appell.*

Quod † si tutor hereditatem non adie- 6
rit, infans postea decedens hereditatem non transmittet ad heredes suos, sed redibit hereditas ad eos, ad quos pertineret, si infanti delata non esset, ut est in *d. §. fin vero.* Quod ita intelligendum est, nisi † fuerit hereditas patris, cuius 7
in potestate fuerit infans. Nam haec infanti quaeritur ipso iure, ut de suis heredibus dixi ad *L. 3. sup. §. sui, Institut. de hered. quae ab intestato.* Quaesita infanti, non potest, quin ad eius heredes pertineat; de quo quia quidam dubitant propter verba huius loci, non abs re erit, hanc sententiam paucis confirmare. Statuitur autem certa auctoritate & manifesta ratione. Expressa est haec sententia in *L. 3. sup.* sed apertissime in *L. apud hostes, de suis & legitimis heredib. L. qui duos, §. cum bello, de rebus dubiis.* Ratio autem certa haec est: hereditas defuncti ad eius heredes legitimos citra controversiam pertinet. At hereditas patris infanti delata est, si infans suus heres extitit. Probatur ex definitione hereditatis: nam hereditas cuiusque est successio in universum ius, quod is moriens habuit. At infans, qui suus heres exstitit, hereditatem patris habuit, utpote iure ipso sibi quaesitam. Ergo haec ad quosvis legitimos eius

eius heredes pertinebit. Non debemus moveri in contrarium verbo huius §. *fin vero*, eo quod constitutio loquitur de qualibet hereditate infanti delata. Nam temperamentum adiicitur, ex quo intelligimus, de hereditate extraneo infanti delata agi. Agitur enim de hereditate, quæ a tutore adeunda sit, §. *præcedenti*, deinde de hereditate devoluta, item de hereditate non adita. Hæc etiam verba suis heredibus non conveniunt, sed extraneis. Nam in suis heredibus aditio nulla est, *L. in suis, D. de suis & legit.* Præterea hereditas patris ad liberos suos heredes, non tam devoluta dicitur, quam dominium continuari, ita ut videatur nulla successio fuisse, *L. in suis, D. de lib. & postum.*

Hactenus de hereditate infanti delata. Quid † si pupillus maior erit infante? De eo constituitur in §. *ult. hic*, & constituitur ita, ut ius antiquum servetur, tum in ratione acquirendæ hereditatis tum in hereditate non adita transmittenda. Est autem hæc summa: huiusmodi pupillum sine facto & voluntate sua hereditatem quærere non posse, iuxta *L. potuit sup.* Sed ei auctoritate opus esse ad hereditatem acquirendam. Adhibebitur autem patris auctoritas, si est in eius potestate, *L. more, §. ult. de acquir. hered.* Si pupillus sui iuris est, adhibebitur auctoritas tutoris, aut nullo tutore constituto adhibebitur decretum iudicis. Hereditate enim ita non adita, placet secundum regulam iuris, ut aditam non transmitti. 8

Ad L. Cum in antiquioribus. 19.

Imp. Iustinian. A. Demostheni. *præfecto prætorio.*

Cum in antiquioribus legibus, & præcipue in quæstionibus Iulii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse & in suam posteritatem hanc transmittere: & aliis etiam quibusdam adiectis, quæ in huiusmodi personis præcipuæ sunt: eam deliberationem & in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit: vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, ut ex hac caussa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro herede gestionem inducat: prædictum arbitrium in successionem suam transmittat: ita tamen, ut unius anni spacio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is qui sciens hereditatem vel ab intestato, vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit: hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renunciandam hereditatem manifestaverit: is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instanti annali tempore decesserit: reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat: quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur. Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III. Kal. Novemb. Decio. V. C. Coss.

SUMMARIA.

1. *Summa huius legis.*
2. *Heres an post annum, quo hereditatem sibi delatam cognovit, hereditatem adire possit.*

1 SUmma † hæc est: heres hereditatem sibi delatam & non aditam, nec tamen repudiatam, decedens, & una ius adeundi transmittit ad quosvis heredes, dum-

dummodo sciens hereditatem sibi delatam decedat, & decedat intra annum, ex quo sibi delatam cognorat: sic vero transmittit, ut quod ex eo anno reliquum est, tantum relinquat heredibus suis ad deliberandum, non amplius. Tribuitur hoc ius in hereditate delata. Nam non delata hereditate, heres neque hereditatem habet, neque ius eius acquirendæ. Qui nihil habet, nihil potest heredi suo tradere juxta regulam iuris *L. nemo plus, &c. D. de reg. iur.* Tribuitur præterea in hereditate non adita, non quod hereditas non adita multo magis transmittatur; sed ut intelligamus, hic beneficium constitui a Iustiniano, contra regulam iuris, qua efficitur, hereditatem non aditam non transmitti, *L. un. §. in novissimo, infr. de caduc. toll.* Tribuitur præterea in hereditate non repudiata: nam hereditas repudiando in totum amittitur, ut nec ipse heres, qui repudiavit, si viveret, possit eam adire, *L. 4. infr. tit. prox. L. is, qui heres, de acquir. her.*

Hoc ius tribuitur duabus conditionibus. Una, *si heres, cui delata est hereditas, cognovit aliquo modo sibi delatam esse*; proinde qui ignoravit delatam, nihil transmittit. In quo retinetur ius antiquum etiam in hac parte, quod traditur in *L. quoniam, sup. cod.* Et ratio est, quia est constitutio de iure deliberandi transmittendo. Non potest autem dici deliberare heres, si ignoret esse, de quo deliberet. Altera conditio est, *si decedat intra annum, ex quo sibi delatam hereditatem cognovit*, quæ pars nullam aliam rationem habet, quam voluntatem legislatoris, cui visum est beneficium hoc suum intra hoc tempus concludere. Quid si annus is excesserit, † & heres adhuc vivat, quæsitum est, an possit postea hereditatem adire, propter verba huius constitutionis, cum scribit ita Iustinianus: *quod si is annus præterierit, heres cum sua successione ab huiusmodi beneficio excludatur.* 2
Sed in promptu responsio est, iis verbis non excludi ius adeundi, sed ius transmittendi arbitrii, seu transmittendæ deliberationis. Nam de hoc iure transmissionis prius constitutum erat. Ius adeundi tributum lege heredibus perpetuum est, nisi a magistratu impetratum est ut tempus præstitueret ad deliberandum, ut *ad L. si curatoris, supr.* At ius transmittendæ deliberationis annui temporis lapsu excludetur & ideo verborum Iustiniani hic sensus est: si heres post annum, quo sibi delatam hereditatem cognovit, decedat, neque ipse ius deliberationis ad suos transmittit heredes: neque heredes eius, si intra alterum annum, ex quo eam hereditatem olim fuisse delatam cognoverint, decedant, ius hoc transmittent, optima ratione; quia non acceperunt.

Ad L.

Ad L. Quidam elogio. 20.

Imp. Iustinian. A. Ioanni P. P.

Quidam elogio condito heredem scripsit in certas uncias, & post certa verba testamenti eundem in alias uncias, vel tantas, vel quantascunque, & tertio vel in aliam partem hereditatis, vel in quendam unciarum modum: ille autem unam institutionem, vel duas admittens, unam, vel duas, vel quantascunque respuendas esse censuit: quærebatur apud veteres, si hoc ei facere permittatur. Similique modo dubitabatur, si impuberem quis filium suum ex parte heredem instituit, & quendam extraneum in aliam partem quem pupillariter substituit: & postquam testator decessit, pupillus quidem patri eius heres exstitit, extraneus autem hereditatem adiit: & postea adhuc in prima ætate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, & pupillaris substitutio locum sibi vindicavit. Cumque substitutus eandem partem admittere noluit, quæsitum est, si potest iam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutionem repudiare? Utranque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus. Placuit etenim nobis sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, & necessitas imponatur heredi particulari facto vel aliam aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem. Dat. prid. Kal. Maii, Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Si quis delata hereditate dicat, se velle partem adire & partem repudiare, nihil agit.*
2. *Si quis hereditatis partem simpliciter adierit, reliquas partes quandoque sibi delatas invitus admittere cogitur, & n. 3. 4. & seqq.*
7. *Heres pupillo exheredato substitutus, an post aditam paternam hereditatem repudiare pupilli hereditatem possit.*
8. *Substitutus filio heredi ex parte instituto, si impubes hereditate patris sese abstinuerit, an partem eam admittere cogatur.*
9. *Si coheres impuberi datus, eique substitutus mortuo pupillo velit hereditatem pupillarem amplecti, & paternam omittere, an ei id permittatur?*
10. *Qui partem aliquam hereditatis simpliciter repudiat, is cæteras quoque quanvis delatas habere nequit.*
11. *Omittere partem hereditatis & omittere aditionem partis, quid differant.*

Diximus initio, & significatur in *L. si avia, supr. & L. nec emere*, liberum esse extraneis heredibus, delatam hereditatem aut agnoscere, aut repudiare; quoniam volentes, non inviti sunt heredes. Hoc loco admonemur recte hoc dici, si de tota hereditate agnoscenda, aut repudianda agitur; non idem ius esse de singulis partibus. Hic enim regula iuris veteris traditur, neminem eiusdem hereditatis sibi delatæ, seu eius, quam acquirere potest, partem agnoscere posse, partem repudiare. Eadem ratio exstat in *L. 2. de hered. acq. L. un. §. his ita, infr. de cad. toll.* Ex hac ratione, veluti ex fonte, tria consequuntur, quæ totidem regulis iuris veteris comprehensa sunt, ex quibus una hoc loco explicatur.

I Illud efficitur, si quis † delata hereditate dicat, se velle partem adire, & partem repudiare, nihil agere eum, *L. 1. de acquir. her.* Quia qui ita adit & ita repudiat 1

pudiat, contra ius adit & repudiat, ut pro infecto sit, quod ita agitur, *L. non dubium, supr. de legib.* II. Ex eadem
2 ratione efficitur, si † quis hereditatis partem simpliciter adierit, reliquas partes eius hereditatis quandoque sibi delatas, invitus admittere cogitur; quod ita efficitur. Nam heres, qui ex aliqua parte heres exstitit, aditam portionem repudiare non potest, *L. 4. infr. proxim. tit.* Quod si eam retinere cogitur, hic locus fit regulæ, quam supra posuimus, eum, qui unam partem habet, reliquas habere debere. Idque ita est, quocunque modo reliquæ partes deferantur ei, qui aliquam partem agnoverit, idest, sive deferantur ei iure accrescendi, seu ex institutione, sive ex substitutione tum vulgari, tum pupillari: Iure accrescendi reliquæ partes deferuntur, hoc modo: cum is, qui portionem aliquam admisit, institutus est cum aliis coheredibus, & hi portiones suas repudiaverint, aut non adita hereditate decesserint. Nam horum portiones iure accrescendi deferuntur ei, qui portionem suam admisit, ne idem defunctus pro parte testatus, &c. *L. ius nostrum, de regul. iuris.*

3 Sed an † volenti defertur, an etiam invito? Et placet invito. Hinc regula alia de iure accrescendi: qui ex aliqua parte heres defuncto exstitit, eum deficientium partes etiam invitum accipere, sive sint plures coheredes ex testamento, sive ab intestato, *L. qui ex duob. §. ult. de acq. her. L. si ex pluribus, de suis & legitim. L. un. §. his ita, inf. de cad. toll.* de quo dictum ad *L. un. sup. quando non partes.* Dixi & ad *L. testamento sup. de imp.* Idem iuris est, si portiones reliquæ deferantur ex institutione ei, qui aliquam partem admisit, quod tunc contingit, cum quis solus heres institutus est ex pluribus partibus disiunctim, utputa; *Titius ex semisse heres esto: idem Titius ex triente, idem heres esto ex duabus unciis.* Hic dicimus, si Titius hereditatem adierit ex duabus unciis, statim in totum heredem futurum, quæ species est huius legis in
4 princ. Idque † adeo verum est, ut quamvis quis heres institutus sit ex una parte pure, ex altera sub conditione, *si navis ex Asia venerit*, & adierit hereditatem ex pura institutione, statim in totum fit heres, etiam pro reliqua parte, non exspectato eventu conditionis; quia etiam deficiente conditione nihilominus heres est, *L. cum heres, §. ult. L. qui ex duobus, de acq. her.*

Idem † ius est, & si reliquæ portiones deferantur ex substitutione: veluti duo sunt heredes instituti, Primus & Secundus; Primus Secundo heredi substitutus. Primus portionem suam adiit, Secundus repudiavit, Secundi portio defertur Primo ex substitutione vulgari. An volenti, an vero invito? dicimus invito accrescere, *L. testamento, sup. de impub.* ubi dictum. 5
Idem probandum † est, & si ei heredi, qui partem hereditatis admisit, reliquæ partes eiusdem hereditatis deferantur ex substitutione pupillari, quæ species est altera hoc rescripto decisa. Est autem hæc species facti. Testator filium impuberem, quem habet in potestate, heredem instituit ex parte, & Titium extraneum ex altera parte, & huic filio substituit pupillariter, idest, sub hac conditione, *si intra pubertatem filius decesserit mortuo testatore.* Impubes heres exstitit patri ipso iure ut suus: extraneus coheres portionem suam adiit; deinde filius impubes moritur, cum impuberis hereditas deferretur coheredi substituto, sed videretur ei damnosa, nolebat eam admittere, & contendebat, se non cogi eam habere; quoniam hæc alia esset hereditas, quam patris. Placuit eum, qui paternæ hereditatis partem haberet, etiam impuberis hereditatem admittere cogendum, quod quibusdam ex veteribus primum visum est, ut Neratio, cuius hac de re sententia exstat in *L. qui patri, de acq. her.* 6

Sed cum sententia haberet dubitationem, placuit Iustiniano eam hoc rescripto confirmare. Hæc igitur sententia hanc habet rationem; quia in hereditate impuberis est portio hereditatis paternæ, cuius qui partem habet, consequens est, ut reliquam eius hereditatis partem sibi ex substitutione pupillari delatam agnoscere cogatur, secundum regulam, quam initio posuimus; qua efficitur non licere ei eiusdem hereditatis partem habere & partem repudiare. Quod si coheres, idemque pupillo substitutus cogitur admittere eam partem paternæ hereditatis, ex qua pupillus heres exstitit, & illud consequitur, ut totam hereditatem impuberis admittere cogatur; quoniam una hereditas impuberis fuit, constans & rebus a patre acceptis, & rebus, quæ aliunde obtigerunt. Porro eandem hereditatem delatam separare non licet, *L. sed si plures, §. 1. de vulgar. & pupillar.* Et hæc ratio est, quam obscurioribus verbis intelligit Neratius in *d. L. qui patri, de acq. her.* Nam inquit: Patet pupillum impuberem invitum obligat hereditati suæ. Facit enim

eum

eum necessarium heredem, quod si paternam hereditatem necessario habet pupillus, reliqua eius hereditas coniungitur paternæ: coniunctam substitutus totam habere debet; quia partem hereditatis paternæ accipere cogitur.

Sed hæc sententia videtur recipi non posse. Nam non potest coheres impuberis, qui partem hereditatis paternæ adiit, cogi, admittere hereditatem impuberis, nisi in hereditate impuberis sit portio hereditatis paternæ. Nam duabus hereditatibus diversis delatis, nemo prohibetur unam adire & alteram repudiare, sed tantum prohibetur eiusdem hereditatis partem adire & partem repudiare, *L. 2. de acq. her. L. un. §. his ita inf. de cad. toll.* At duæ sunt hereditates in specie proposita, quæ coheredi substituto deferuntur. Una patris, ex qua heres exstitit; altera impuberis, quæ defertur ex substitutione, quæ altera hereditas esse dicitur in *§. igitur, Inst. de pupill. subst.* Proinde hereditatem repudiare non prohibetur, licet paternam agnoverit. Respondeo: Hæc hereditas, quæ ex substitutione pupillari defertur, est hereditas; sic tamen, ut in ea pars reperiatur hereditatis paternæ, quam ideo necessario accrescere dicimus, & una cum ea reliquas partes hereditatis pupillaris.

Sed rursum hic occurritur. Nam posteaquam pupillus patri heres exstitit, desinit esse patris hereditas, & incipit esse patrimonium impuberis, & hereditas, unde dicitur substitutio pupillaris fieri in bonis impuberis, non testatoris, *L. sed si plures, §. ad substitutos, D. de vulgar.* Et ideo eadem, quæ supra, manet obiectio? Respondeo: ut portio paterna, ex qua impubes heres exstitit, fit impuberis, hoc fieri, quamdiu impuberis est. Cæterum ubi impubes moritur, retro recte intelligitur hereditas patris fuisse. Unde dicitur in substitutione pupillari, patrem substituere bonis suis, quatenus de bonis eius ad pupillum pervenit, *L. in ratione. 1. §. quod vulgo, & §. seq.* ubi dicitur, a patre impuberi substitutum pupillariter, perinde habendum, quasi in bonis patris institutum sub conditione, si filius impubes decesserit, *L. in ratione 2. ad L. Falcid.* Rursum alia ratione non videtur coheres idemque substitutus pupillo agnita parte hereditatis paternæ, cogendus esse admittere pupillarem hereditatem. Nam ei, qui ex aliqua parte heres exstitit, ita demum invito accrescunt reliquæ portiones eiusdem hereditatis, si defecerint cæteri heredes, *L. qui ex duab. §. ult. de acquir. her.*

At in proposita specie impubes mortuo patre patri heres exstitit. Idque ita fingamus. Proinde portio illi quæsita ad heredes eius legitimos pertinebit, non autem coheredibus accrescet, aut non invitis accrescet. Respondeo: In pupillari substitutione, cum filius moritur impubes, dicitur deficere; deficit vero natura, cum mortuus hereditatem habere nequeat. In substitutione quidem vulgari heres, cui quis substitutus est, non dicitur deficere, cum hereditatem adierit; sed hoc fit propter voluntatem testatoris, qui ex hac substitutione non vult hereditatem ad substitutum pertinere, nisi hac conditione, *si institutus heres non erit*. Non autem eo minus heres secundum naturam deficere dicitur, cum moritur. At in substitutione pupillari substitutus ex iudicio testatoris vocatur, sive impubes heres non erit, sive heres erit, & impubes decesserit.

Oppugnatur præterea hæc sententia hoc dilemmate. Aut enim portio hereditatis patriæ, ex qua pupillus heres exstitit, iuncta est reliquæ impuberis hereditati, aut iuncta non est. Si iuncta est, non est amplius hereditas patris, atque ita iuncta, coheredi accrescere non potest. Si iuncta non est, ipsa quidem accrescet coheredi, sed non accrescet reliquæ hereditati impuberis; quia iuncta hereditas non est, sed sunt duæ hereditates. Respondeo: Dici potest portionem hereditatis patriæ, ex qua impubes heres exstitit, & impuberis esse, & patris, diversis rationibus. Impuberis ita, quia ei quæsita est: patris ideo, quia permittitur patri de ea statuere, ut de suis bonis, ut dictum supra, *arg. in L. Papin. §. sed nec impuberis, de inoff. testam.* Hoc est, quod responderi potest; tamen apparet rem scrupulo non caruisse. Quamobrem Iustinianus recte fecit, quod hac constitutione eam sententiam confirmavit, tametsi eadem in *d. L. qui patri, de acquir. hered.* exstat. Quod ideo monemus, ne stulte videatur Iustinianus unam ex suis decisionibus in hac specie posuisse; cum tamen hic videatur, nihil novi iuris constituisse.

Observandum est autem, in hac specie dici eum heredem, qui paternam hereditatem adiit, cogi admittere pupillarem, si idem pupillo substitutus sit, sed dici hac conditione, *si pupillus quoque patri heres exstitit*, ut sic intelligatur eiusdem hereditatis paternæ pars esse. Quid † igitur, si heres, qui hereditatem paternam adiit, pupillo exheredato sit substitutus? 7
Respondeo: palam est, duas hic esse hereditates separatas. Una patris, altera impube-

puberis. Proinde qui unam admittit, alte-
ram repudiare non prohibetur, *d. L. 2.
de acquir. hered.* & *d. L. un. §. his ita-*
8 *que inf. de cad. toll.* Quid si † substitu-
tus sit filio heredi ex parte instituto, sed
impubes se abstinuerit hereditate patris?
Respondeo: Pars hereditatis paternæ, a
qua sese abstinuit, invito substituto accre-
scet, cum sit pars eiusdem hereditatis pa-
ternæ, sed reliqua hereditas impuberis non
accedet, neque acquiretur invito, quia
separatæ sunt hereditates patris & impu-
beris, propter impuberis abstentionem.
9 Quid † e converso dicemus, si coheres
impuberi datus, eidemque substitutus mor-
tuo pupillo velit hereditatem pupillarem
amplecti, & paternam omittere, an ei per-
mittitur? Resp. Hic eadem distinctio &
responsio adhibenda est, quæ supra, si pu-
pillus patri heres exstitit, nec se abstinuit,
substitutus hereditates separare non potest,
L. sed si plures, §. filio, de vulg. Idem-
que efficitur ex hac constitutione in ex-
tremo. Quod si heres substitutus erit filio
exheredato, non prohibetur pupilli here-
ditatem amplecti, omissa patris hereditate,
dummodo ex testamento patris quis heres
extiterit, ut tabulæ pupilli confirmentur.
Hæc species est *L. quæsitum, de acquir.
hered.* Quod si heres a patre substitutus
sit filio impuberi item heredi instituto, &
si impubes abstinuerit hereditate: placet
omnino hoc casu substitutum pupillarem
hereditatem adire posse, repudiata patris
successione, *L. filius qui se L. Iulianus,
de acquir. her.* Neque hoc casu exigimus,
ut aliquis heres ex testamento patris he-
reditatem adeat, quo tabulæ pupillares
confirmentur. Satis enim confirmatur te-
stamentum patris hoc ipso, quod suus he-
res pupillus patri exstitit. Hæc omnia ef-
ficiuntur ex eo, quod secundum colligi
dixi ex illa regula: neminem eiusdem he-
reditatis partem habere posse, & partem
omittere.

III. Ex eadem regula efficietur, quod
pertinet ad eum heredem, qui partem
hereditatis repudiet. Quemadmodum igi-
tur, qui partem hereditatis simpliciter
adit, una aditione cæteras delatas admit-
tere cogitur. Ita † contra, qui partem 10
aliquam hereditatis simpliciter repudiat,
is cæteras quoque quanvis delatas, ha-
bere nequit. Hæc sententia vulgo non
recipitur, propter errorem, qui nascitur
*ex L. si tu ex parte, §. ult. de acquir.
her.* Sed ea sententia nihil verius. Pri-
mum hoc diserte positum est in *L. sed
si plures, §. filio in fin. D. de vulg.*
Præterea certissima ratione hæc sententia
nititur: ut enim qui partem hereditatis
adit, eam partem amittere non potest,
ex quo consequitur, ut reliqua necessario
postea accedat: sic certi iuris est, eum,
qui partem hereditatis repudiavit, amplius
eam partem habere non posse, *L. 4. inf.
prox. tit.* Ex quo consequens est, ut una
cæteræ quoque partes amittantur; alioqui
eveniet, ut heres eas habere possit, &
non possit habere eam, quam iam repu-
diavit, quod est contra regulam superio-
rem, qua fit, neminem eiusdem heredi-
tatis partem habere posse, partem non
habere.

Moventur in contrarium vulgo *ex d.
L. si tu ex parte, §. ult. de acquir. her.*
ubi dicitur, si quis ex parte heres insti-
tutus sit, & ex parte coheredi suo sub-
stitutus, deinde ex substitutione ea defe-
ratur, esse in potestate heredis omittere
aditionem ex institutione, & postea ex
substitutione adire, & e converso. Sed
multum † interest inter omittere partem 11
hereditatis, & omittere aditionem partis.
Is omittit partem hereditatis, seu heredi-
tatem, qui repudiat. Hoc qui facit, re-
liquas partes habere non potest neque ex
substitutione, neque ex institutione, *d.
L. sed si plures, §. filio, de vulg.* Omit-
tere autem aditionem hereditatis, seu
partis, est specialiter non adire, etiamsi
non repudies. Estque hic illius loci sen-
sus: cum eidem heredi pars hereditatis
defertur ex institutione, pars ex substi-
tutione, unius partis aditione totam he-
reditatem acquiri. Nec refert, utrum par-
tem habeat ex institutione, altera parte
non adita ex substitutione, an vero ex
substitutione partem habeat, omissa adi-
tione ex institutione.

Ad L.

Ad L. Cum aliquis. 21.

Imp. Iustinian. A. Ioanni PP.

Cum aliquis scripsit heredem eum, qui de sua conditione ei, qui dominium eius vindicabat, in iudicio adversabatur: is autem qui dominum se esse dicebat, adire eum hereditatem imperabat, ut acquisitio hereditatis per eum celebraretur, indignatus est quasi domino ei parere: dubitatio veteribus exorta est, si qua pœna imponatur huiusmodi insolentiæ. Veteres in multas trahuntur sententias: sed nos eorum discordiam sic esse decidendam censemus, ut distinctio subtilis caussæ ei imponatur: ut siquidem ita scripta est institutio, Illum servum illius heredem instituo: *quia apertissimum est intuitu domini institutionem esse conscriptam, necesse sit omnimodo per competentem iudicem eum compelli adire quidem hereditatem, & eam acquirere: nulli autem ex post facto subiici gravamini, si liber pronuncietur: sed omne sive lucrum sive damnum ad eum redundare, qui in servitutem eum trahebat, & denegari ei & adversus eum omnes hereditarias actiones, nullo ei ex hoc præiudicio generando. Sin autem quasi liber institutus est, nulla domini vel servi mentione in institutione habita: tunc nullo compelli modo eum adire hereditatem, nec denegari ei liberale iudicium: sed & hereditatem per suum ius decurrere, & liberale iudicium suam expectare sententiam, sive agente eo, sive pulsato: ut siquidem servus pronuncietur, tunc domino suo hereditatem acquirat: sin autem liber, eam adipiscatur, si adire maluerit. Dat. II. Kal. Maii, Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

SUMMARIUM.

1. *De statu suo litigans servus, heres institutus ab extraneo, quando hereditatem adire cogendus sit quando non?*

1 IS, qui ex possessione † hereditatis se liberum esse contendens de statu suo iudicio litigat, si institutus ab extraneo heres iubeatur ab eo, qui se dominum dicit, hereditatem adire, hic constituitur, interdum adire eum cogendum, interdum vero non cogendum. Si institutus est cum hoc elogio & demonstratione illa. *Illius servus mihi heres esto*, placet cogendum esse adire, tanquam institutum contemplatione possessoris, qui pro domino habeatur. Sin simpliciter institutus sit, placet non esse cogendum, sed expectandum eventum iudicii liberalis. Quo casu autem dicitur cogendus esse hic, qui de statu suo litigat, adiicitur eum cogendum esse per iudicem. Merito; quia ordinata liberali caussa, servus pro libero habetur, *L. ordinata, de liber. caussa.* Er[illegible] consequens fit, eum qui non putatur habere dominum, a iudice cogi posse. Cogendi autem ratio est in minis & verberibus, quæ in servum hominem cadunt. Itaque cogetur a iudice, his rebus adhibitis, quibus a domino cogeretur, si dominum haberet.

Sed videtur hic servus cogi non posse ullo casu hereditatem adire. Id enim in *L. 3. in fin.* scriptum est, *sup. de hered. instit.* idque scriptum est de eo, quem constat servum esse, diciturque eum posse non adire, (apparet ex glossa, difficultatem esse summam) Respondeo; necessitas est duplex: una absoluta & præcisa. Altera, quæ dicitur a Cicerone necessitas cum adiuncto, necessitas consequentiæ. Absolute & præcise servus heres institutus cogi non potest; licet enim ei conterrito omnibus minis & verberibus obstinate hereditatem non adire: at cogi potest ea necessitate, quam consequentiæ dicimus. Adhiberi enim possunt minæ & verbera, quæ in se ille noluerit suscipere. Hoc autem posito consequitur necessitas adeundi. Nam nisi adeat ille, suscipere cogitur, quæ dixi. De priore genere loquitur *L. 3. sup. de hered. instit.* De posteriore autem hoc loco.

Ad L. ult. incip. *Scimus.*

Imp. Iustinian. A. ad Senatum.

Scimus iam duas esse promulgatas a nostra clementia constitutiones: unam quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverint: aliam autem de improvisis debitis, & incerto exitu per diversas species eis imposito. Sed & veterem constitutionem non ignoramus, quam divus Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierunt: quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur. Cuius sensus ad unam præfatarum constitutionum a nobis redactus est. Arma etenim magis quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit. Ex omnibus itaque istis unam legem colligere, nobis apparuit esse humanum: & non solum milites adiuvare huiusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere: non tantum si improvisum emerserit debitum, sed etiam si onerosam quis inveniat esse quam adiit hereditatem, ita enim nec satis necessarium deliberationis erit auxilium, nisi hominibus formidolosis, qui & ea timent quæ nulla digna sunt suspicione. Cum igitur hereditas ad quendam sive ex testamento sive ab intestato sit delata, sive ex asse, sive ex parte: si quidem recta via adire maluerit hereditatem, & spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet: nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, & apertissime intra trium mensium spacium ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse vel vocatum heredem, ei renunciet: nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu expectando, sit alienus ab huiusmodi hereditate, sive onerosa sive lucrosa sit. Sin autem dubius est utrumne admittenda sit necne defuncti hereditas: non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium super his rebus quas defunctus mortis tempore habebat, & hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub præsentia tabulariorum cæterorumque qui ad huiusmodi confectionem tamen necessarii sunt. Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda, res apud eum remaneant: vel si ignarus sit literarum, vel scribere præpediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredis præposito: testibus videlicet adsumendis qui heredem cognoscant, & iubente eo tabularium pro se subscribere, interfuerint. Sin autem a locis in quibus res hereditariæ, vel maxima pars rerum posita est, heredes abesse contigerit: tunc eis unius anni spacium a morte testatoris numerandum damus ad huiusmodi inventarii consummationem: sufficit enim præfatum tempus, etsi longissimis spaciis distant, tamen placuit dare eis facnlta-

Digitized by Google

cultatem inventarii conscribendi vel per se, vel per instructos procuratores in loca ubi res positæ sunt mittendos.

Et si præfatam observationem inventarii faciendi solidaverint: hereditatem sine periculo habeant, & legis Falcidiæ adversus legatarios utantur beneficio: ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant: & eis satisfaciant qui primi veniant creditores: & si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur: & nihil ex sua substantia penitus heredes amittant: ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed & si legatarii interea venerint: eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione. Sin vero creditores qui post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant: neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos qui ab eo comparaverint res quarum precia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt. Licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel hypothecis, vel indebiti condictione uti, & hæc quæ acceperint recuperare: cum satis absurdum sit creditoribus quidem ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare. Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint: liceat aliis creditoribus qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, & a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre. Contra ipsum tamen heredem (secundum quod sæpius dictum est) qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur. Sed nec adversus emptores rerum hereditariarum, quas ipse heres pro solvendis debitis vel legatis vendidit, venire alii concedatur: cum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios pervenientibus, & suum ius persequentibus.

In computatione autem patrimonii damus ei [licentiam] excipere & retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias caussas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Si vero & ipse aliquas contra defunctum habebat actiones: non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen prærogativa inter creditores servanda.

Licentia danda creditoribus, seu legatariis vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est approbare, vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum secundum anteriorem nostram legem quæ de quæstione servorum loquitur, vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint: ut undique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex huiusmodi sentiat hereditate: illo videlicet observando, ut si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere, vel hereditatis quantitati computare compellantur.

Donec tamen inventarium conscribitur: vel si res præsto sint: intra tres menses: vel si absuerint, intra annale spacium secundum anteriorem distinctio-

ctionem, nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad iudicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare: sed sit hoc spacium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum: nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem præscriptionem præiudicio generando.

Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, præsentes vel absentes inventarium facere distulerint, & datum iam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit: tunc ex eo ipso quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, & heredes esse omnimodo intelligantur, & debitis hereditariis in solidum teneantur: nec legis nostræ beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt.

Et hæc quidem de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam esse curaverint: quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, & debere ei derogari. Cum enim liceat eis & adire hereditatem: & sine damno ab ea discedere ex præsentis legis auctoritate: quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vana formidine, vel callida machinatione, pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, & hereditatem inspicere, & alias contra eam machinationes excogitare, & eandem deliberationem flebilibus adsertionibus repetita prece sæpius accipere: ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemus quidem eis petere deliberationem vel a nobis vel a nostris iudicibus: non tamen amplius ab imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero iudicibus novem mensibus: ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur: sed & si fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim, & non sæpius eam peti concedimus.

Sin autem hoc aliquis fecerit, & inventarium conscripserit, (necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostræ legis uti beneficio: sed in solidum secundum antiqua iura omnibus creditoribus teneatur. Cum enim gemini tramites inventi sint, unus quidem ex antexioribus, qui deliberationem dedit: alter autem rudis & novus a nostro numine repertus, per quem adeuntes sine damno conservantur: electionem ei damus, vel nostram constitutionem eligere, & beneficium eius sentire: vel si eam aspernandam existimaverit, & ad deliberationis auxilium convolaverit, eius effectum habere: & si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur: & non secundum modum patrimonii, sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari: & sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen, & ideo ad ipsam deliberationis dationem, & divinum rescriptum super hac promulgatum, hoc adiici volumus, ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusaverint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, & vel adierit hereditatem, vel minime eam repudiaverit: non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiæ beneficio minime utatur. Quod si post deliberationem

recu-

recusaverit, inventario minime conscripto: tunc res hereditarias creditoribus, vel his qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur: quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a iudice statuenda.

Notissimum autem est hac constitutione, quae omnes casus continet, nostris constitutionibus iam pro eisdem capitulis promulgatis esse derogatum, quarum altera etiam Gordianae constitutionis sensus continebatur. Cum enim ampliore tractatu habito, melior exitus inventus sit, & tribus constitutionibus in unum congregatis, unus appareat & in milites & in alios omnes iuris probabilis articulus: ea propter ex anterioribus inquietari nostro subiectos imperio non patimur: scilicet ut milites etsi propter simplicitatem praesentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint. Quam patres conscripti in huiusmodi casibus in posterum obtinere sancimus. Dat. V. Kal. Decemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Constitutionis huius duo capita.*
2. *Ius inventarii conficiendi duas partes continet.*
3. *Inventarium quid sit.*
4. *Unde dictum inventarium.*
5. *Ritus in inventario conficiendo requisitus.*
6. *Intra quantum tempus inventarium confici debeat.*
7. *Quae circa hoc tempus heredi sint observanda.*
8. *Inventarium quae praeter descriptionem rerum continere debeat.*
9. *Inventarii rite confecti effectus.*
10. *Commoda hereditaria quae sint.*
11. *Incommoda hereditaria tria.*
12. *Heres potest omnes impensas necessarias hereditatis caussa factas retinere.*
13. *Impensae necessariae hic quae sint.*
14. *Creditores qua actione consistant adversus legatarios, cum quibus nihil contraxerunt.*
15. *Tempus deliberandi de adeunda hereditate quorsum peti attineat.*
16. *Incommoda inventarii.*
17. *Tempus deliberandi de adeunda hereditate a quo impetretur.*
18. *Tempus id quantum sit.*
19. *Tempus deliberandi non impune peti.*
20. *Heredi an liceat statim adire, aut repudiare hereditatem, spretis his duobus beneficiis inventarii conficiendi & deliberationis.*

INitio huius tituli dixi, hereditatem obligare nos aeri alieno. Adversus hoc incommodum remedium quaeritur. Id autem remedium unum veteribus ante tempora Iustiniani positum fuit in deliberando. Nam si quis res hereditarias diligenter agnovisset, poterat statuere, utrum hereditas solvendo esset, vel non: ut si putaret heres expedire, eam adiret, sin minus, ut damnosam repudiaret. Sed experientia docuit, hanc etiam viam esse periculosam. Nam diu deliberabis, & mature tamen potest emergere aes alienum, quod prius latebat. Fieri enim potest, ut quae res putabantur hereditariae, non sint. Ob hanc caussam visum est Iustiniano, hic remedium inducere, quo adhibito secure heres hereditatem adire, sine ulla deliberatione, potest. Id autem est, si inventarium conficiat secundum formam praescriptam, quod tamen remedium hic ita introduxit, ut nihilominus ius deliberandi relinqueret integrum heredibus; verum hac conditione, ut si deliberationem petierit heres, non impune id faciat, quae huius constitutionis est sententia. Itaque eius constitutionis † duo sunt capita summa. I. De inventario faciendo. II. De deliberando. De priore agitur in §. *sin autem*. Et hoc quidem usque ad finem legis. 1

Iuris † de inventario haec summa est: si quis heres delata hereditate ex praescripto huius legis inventarium confecerit rite, is statim ab initio secure hereditatem adit, & sine periculo. Hoc Ius duas partes continet: una est de ritu, qui hic sit observandus; altera, quis sit effectus inven- 2

3 ventarii recte confecti. Inventarium † au-
tem est descriptio rerum hereditariarum
literis consignata, quod & Repertorium
vocatur, *L. tutor, qui repertorium, de*
4 *administ. tutor.* Inde † dictum, quod sit
scriptura eiusmodi, ubi res quæsitæ inve-
5 niri & reperiri possint. In † ritu a Iusti-
niano præscripto hæc observanda sunt:
intra quod tempus hoc confici debeat,
per quos, quibus personis, & quid con-
tinere debeat; qui ritus comprehensus est
6 in *§. sin autem dubius.* Tempus † huic
rei præstitutum aliis sunt sex menses, aliis
annus. His quidem, qui degunt in iis lo-
cis, in quibus hereditas, aut maior pars
hereditatis sita est, sex menses; his autem,
qui absunt, annus. Sed sex menses com-
putandi ex eo solum tempore, ex quo quis
delatam sibi hereditatem cognovit; annus
autem ex die mortis testatoris: hæc in-
dicantur in *§. sin autem dubius. in prin.*
& vers. sin autem a locis, item in *§. do-*
7 *nec.* Circa † autem hoc tempus legitimum
monendi sumus, ita hoc tempus præsti-
tui, ut si intra hoc tempus heres inven-
tarium non perfecit, teneatur omnibus
hereditariis creditoribus: *§. sin vero*, prius-
quam autem hoc tempus præteriit, to-
tum id spatium liberum esse heredi, quan-
vis adierit hereditatem sub beneficio in-
ventarii, ut vulgo loquimur, idest, adie-
rit testatus se velle inventarium confice-
re, & beneficio huius legis uti.

Sic autem liberum illi hoc spatium esse
dicimus, ut inquietari non possit, nec a
legatariis, nec a creditoribus hereditariis,
§. donec. Hoc tamen adiecto, ut si cre-
ditores interim præscriptiones temporis
metuant, illis præscriptio non cedat, quo-
niam agere non possunt: iuxta id, quod
vulgo traditur, ei, qui agere non potest,
non currit præscriptio, *L. 1. §. 1. infr.*
de annali except. per quos, idest tabel-
larios conficiuntur. Quod ex iis verbis Iu-
stiniani intelligitur, cum iubet inventarium
confici sub præsentia tabulariorum, *d. §.*
sin autem dubius. His autem verbis intelli-
gitur non solum debere præsentes esse ta-
bularios, sed ita præsentes esse, ut per
eos conficiatur. Nam alias *infra* superva-
cua requireretur subscriptio heredis: de-
inde non adhibentur tabularii, ut testa-
mentum faciant, alioquin quivis popula-
res sufficerent; sed adhibentur, ut pro of-
ficio publico tabulas faciant: & notandum,
tabularios exigi, non tabellarios: ut scia-
mus, si tabellarii adhibentur, plures ad-
hibendos. Cum enim non subscribitur,
duo sufficiunt, *L. ubi de testam.* Perso-
næ etiam aliæ præsentes sint. Adiicitur
enim *d. §. sin autem dubius*, sub perso-
na *ceterorum, qui ad eam confectionem*
sunt necessarii. Quibus verbis verisimile
est intellexisse Iustinianum vel alias perso-
nas, quæ publico munere fungerentur,
præter tabularios, vel alios testes, si forte
unus tantum tabularius esset adhibitus.
Hodie autem ex constitutione. N. 1. Cap.
2. intelligimus adhiberi debere ad hanc
confectionem, præter tabularios, etiam le-
gatarios & fideicommissarios, quibus iti-
dem aliquid testamento relictum est, & si
absunt, debere ad minimum adhiberi tres
idoneos testes.

Continere † autem inventarium debet 8
præter descriptionem rerum, quæ a tabu-
lario facta est, etiam subscriptionem he-
redis, qua profiteatur heres, se agnoscere
quantitatem rerum ibi descriptarum, apud
se res eas esse, præterea nihil se adhuc in
illis dolo fecisse; neque porro facturum.
Quod si heres literas non noverit, aut
scribere non poterit; cavetur, ut eius lo-
co alius tabularius adhibeatur, qui eius
nomine idem subscribat, adhibitis idoneis
testibus, qui & heredem notint, & inter-
fuerint, cum mandaret tabulario subscri-
ptionem. Hæc in *d. §. sin autem dubius.*
Inventario hoc modo rite confecto effe-
ctus hic † est, ut heres secure & sine pe- 9
riculo hereditatem adeat. Ista enim duo
continet, ut quæcunque commoda sunt
hereditaria, ea heres habeat: quæcunque
autem sunt onera & incommoda, ea non
noceant heredi. Commoda † hereditaria 10
duo hæc sunt: primum, ut heres succe-
dat in ius & dominium omnium rerum
hereditariarum, *L. heres in omne, de*
acquir. heredit. L. cum heredes, de acq.
possess. Hoc ius cum omnibus cæteris he-
redibus tribuatur, etiam qui non fecerint
inventarium, dubium non est, quin ad
eum, qui inventarium fecit, pertineat.
Deinde hoc lege Falcidia tribuitur here-
dibus, ut si supra dodrantem hereditatis
legata relicta sunt, possit heres de singu-
lis legatis quartam retinere, *L. 1. ad L.*
Falcid. Et hoc beneficio utetur heres, qui
inventarium confecit, *Instit. h. t.*

Incommoda † autem hereditaria hæc 11
tria sunt. I. Quod hereditate adita obli-
getur heres æri alieno, *L. more, de ac-*
quir. heredit. II. Quod si heres hereditate
adita, quid impendit, quanvis necessario
in res hereditarias, aut propter commo-
dum hereditatis, nullam eo nomine actio-
nem habeat. Non enim potuit sibi obli-
gare hereditatem, cum eam iam haberet,
& secum negotium ipse haberet, non cum
hereditate. Non poterit etiam obligare de-
functum,

functum, quoniam cum illo nihil contraxit. III. Quod si heres aliquas actiones habuit adversus defunctum, hæ adita hereditate, confusione amittuntur. *L. si actionem, sup. de pact. L. si Stichum, §. a Titio, de fideiussor.* Hæc incommoda ex hac constitutione non metuit heres, qui rite fecit inventarium. Primo enim non tenetur legatariis, aut creditoribus hereditariis ultra vires hereditatis, *§. etsi præfatam.* Et hoc nullam dubitationem habet, si constet de viribus hereditatis.

Quod si de his controversia inter heredem & creditores & legatarios erit, qui plus in hereditate fuisse dicant, quam in inventario descriptum sit; placet in hac controversia iure dubio stare inventario, sic tamen, ut postulantibus creditoribus & legatariis heres iurare debeat, nihil se amplius scire, quam illic contineatur. Quod si creditores, vel legatarii docere parati sunt, plus esse in hereditate, audiendi sunt, & si probaverint, aliquid amplius esse, vel etiam heredem id amovisse, vel subtraxisse: vult Iustinianus non tantum id habendum in hereditate, quod revera est hereditarium, verum etiam heredem in duplum, idest, in alterum præstandum, damnandum esse, ut vel præstet, vel in hereditatem computet. Hæc summa est *§. licentiæ.*

12 Quod ad impensas † ab herede factas per caussam hereditatis attinet, placet eum omnes necessarias eius generis impensas retinere posse, *§. in computatione,* ubi notandum est, inter necessarias impensas numerari impensas factas in funus, item in insinuationem testamenti, de quo sub titulo, *Quemadmodum testamenta ape-*
13 *riantur, infr.* & † in confectionem inventarii factas, tametsi hæ videri possint utiles esse minus, quam necessitate ulla factæ, cum heres non cogatur inventarium facere: illæ citra controversiam necessariæ sunt, cum iumenta & pecora pavit, familiam hereditariam aluit; item cum res hereditarias fulcit & restaurat; item cum ea, quæ servari non possunt, distraxit, & in ea distractione aliquid impendere coactus est. Tertium incommodum confusionis removetur itidem hereditate, *d. §. in computatione,* ut scilicet heres, qui aliquam actionem adversus defunctum habuit, quanvis adierit hereditatem; tamen debitum possit retinere, non minus, quam cæteri creditores extranei, cum quibus eodem iure utetur, de quo mox dicemus.

Solum hoc onus iniungitur heredi, qui inventarium rite facit, ut teneatur legatariis & creditoribus, quatenus facultates patrimonii ferant, in quo hoc tamen ei commodum præstatur, ut quibuscunque primo loco solverit petentibus hoc, nihil ei noceat: & ideo si primo legatarii veniunt, iis recte solvet legatum, quibus solutis, si nihil superest creditoribus hereditariis, nihilominus securus est heres. Item si inter creditores hereditarios hi primo loco veniant, qui iure temporis posteriores sunt: nihilominus his recte solvet heres, nec tenetur antiquioribus creditoribus, si prioribus dimissis nihil superest in hereditate. Sed hæc non nocent creditoribus, quæ summa est *§. etsi præfatam.* Nam si res agetur inter legatarios & creditores, & hereditas omnibus solvendo non sit: semper præferentur creditores legatariis, qualescunque creditores sint, sive sint hypothecarii, sive chirographarii, idest, hi, qui nullas hypothecas habentes constitutas chirographo utuntur, ut crediti cautione. Idque æquissimum est; semper enim magis favendum est repetitioni, quam adventitio lucro, *L. non debet, de reg. iur.* Constat autem creditores certare de repetitione & damno vitando, legatarios autem de lucro agere. Sed ita creditores præferuntur legatariis, ut si legatarii prius legata consecuti sint, & exhausta sit hereditas, creditores regressum habeant non adversus heredem, qui legata solvit, & eo facto liberatus est; non etiam adversus emptores hereditariarum rerum, quas vendidit heres, & quarum pretium vertit in præstationem legatorum, aut in dimittendis aliis creditoribus: sed adversus ipsos legatarios, qui priore loco legata immerito sunt consecuti, cum creditores illis oporteret præferri.

Quæritur, † qua actione creditores con- 14
sistant adversus legatarios, cum quibus nihil contraxerunt? Et datur duplex actio hoc loco adversus legatarios, aut hypothecaria, aut condictio ex lege. Hypothecaria tunc locum habet, cum res hereditariæ aliquæ præstitæ sunt legatariis, quibus erant legatæ, & si creditores agunt, quibus res hereditariæ obligatæ erant pignori. Condictio autem ex lege tunc locum habet, cum creditores non persequuntur hypothecas, sed tanquam debitum a legatariis petunt. Hanc actionem hic introduci oportuit; quia revera legatarii cum creditoribus nihil gesserunt negotii, cum legatum acceperunt, & ideo condictioni ex lege locus est, ex definitione, quæ traditur *in L. unica, de condiction. ex leg.* Similiter si ex creditoribus hi occuparunt debitum, qui hypothecas posteriores tempore habent, aut qui nullas habent, ab iis

debitum avocabunt hi creditores, qui hypothecas habent, & eas antiquiores. Ex quo colligimus, si hi creditores, quibus adhuc solutum non est, nullas hypothecas habeant, non habere regressum adversus eos creditores, qui suum iam consecuti sunt, quantumvis hi, qui nunc agunt, sint privilegiarii, idest, hi, quibus debetur ex ea caussa, quæ inter creditores prærogativam habet, ubi bona a creditoribus possideri iussa sunt. Hæc, inquam, summa est totius, §. *etsi præfatam*. Quod si heredi debeatur aliquid a defuncto, heres in eadem caussa erit cum reliquis creditoribus, ut dicitur *in d. §. etsi praef.* Sensus est: Potest heres debitum suum retinere, sed si qui creditores hypothecas tempore priores habebunt, hi heredi præferuntur. Hæc disputatio huc redit, ut intelligamus ita heredem teneri legatariis & creditoribus hereditariis, intra modum facultatum hereditariarum, ut tamen etiam in hac parte eius solutio, qualis erit, non noceat. In quibus omnibus spectantur commoda inventarii recte confecti. Et hactenus de priore cap. huius legis.

Alterum caput est de deliberando, de quo agitur *in §. & hæc quidem, usque ad fin.* in quo hæc summa constituitur. Tametsi superiori beneficio inventarii constituti, non est necessaria deliberatio heredibus ad adeundam hereditatem; tamen liberum illis relinqui etiam ius deliberandi impetrare: & adiicitur, a quibus impetretur, quod tempus præstituatur ad deliberandum. Postremo non impune deliberationem peti, contempto superiori beneficio: & adiicitur, quæ in eo incommoda sint.

15 Peti † igitur deliberandi tempus potest, sed quorsum peti attinet, aut potius quis post superius beneficium tam stultus erit, ut rem non necessariam cum incommodo postulet? Respondeo: Inventarii confectio etiam sua incommoda habet, quæ plerique fugientes malunt ius deliberandi impetrare.

16 Inventarii † incommoda sunt. I. Quod non sine magnis sumptibus fit inventarium, in magnis præsertim hereditatibus, non enim sine sumptu aluntur tabularii, personæ publicæ & testes, qui adhibentur, nec statim res hereditariæ discutiuntur, ut discussæ & cognitæ rectius inventario describantur. Et tametsi in damnosa hereditate heres hos sumptus ante omnia deducit, §. *in computatione*, tamen si hereditas solvendo est, certum est hereditatem his sumptibus valde minui. Alterum incommodum, cur plerique inventarium fugiunt, est, quod deteguntur facultates patrimonii, quas latere plerique volunt, vel propter inopiam latentem, vel invidiam, quæ sequitur locupletes heredes. Ob hanc caussam etiam nunc non est inutile ius deliberandi, ad adeundam hereditatem impetrare.

Hoc † impetratur a iudicibus, aut Principe, §. *etsi præfatam*. Sed quid necesse postulare hoc ius a magistratu, cum heres apud se posset deliberare de hereditate? Nihil necesse est, si heres non urgeatur a creditoribus hereditariis; sed illis suum persequentibus, alterum cogitur facere heres, aut his solvere, aut bonorum hereditariorum distractionem pati, nisi magistratus auctoritas interveniat. Ob hanc caussam ius deliberandi a magistratu petitur, ut intra hoc tempus non inquietetur a creditoribus heres, de quo dixi *ad L. si curatoris sup.* 17

Tempus † ad deliberandum præstitutum summum est, ut a iudicibus non amplius dentur, quam novem menses: a Principe annus duntaxat, ea lege, ut si amplius datum sit etiam a Principe, quasi non datum sit, neque verum tempus ad deliberandum liceat petere, *eod. §. & hæc quidem*. 18

Sed videntur adversari huic constitutioni quidam loci, *L. 2. de iure deliberandi*, ubi centum dies præstituuntur cum minimum, deinde *L. 1. eodem*, dicitur, totum hoc tempus esse in arbitrio magistratus, ut pro rei qualitate id tempus statuat. Sed inter hæc optime convenit. Sunt enim inter hæc tempora quod ad minimum, quod ad summum, quædam interiecta tempora. Si minimum tempus quæritur, quod dandum est, non minus, quam centum dies dari oportet: si summum tempus quæritur, non licet excedere novem menses iudicibus, Principis rescripto frustra exceditur annus. Sed non idcirco magistratus non potest aut amplius dare, quam centum dies, aut minus præstituere, quam novem menses, sed id tempus statuet, quod satis sit ad deliberandum pro conditione hereditatis & distantiæ locorum: atque ita moderatum tempus statuet, ut est in *d. L. si curatoris, sup.*

Sed non impune † petitur tempus ad deliberandum. Nam quædam incommoda denuntiantur his, qui contempto beneficio Iustiniani deliberandi ius petierint, & constituuntur hæc incommoda. I. Adeunti. II. Non adeunti. III. Repudianti. Ei, qui intra tempus ad deliberandum constitutum hereditatem adit, duo hæc incommoda denuntiantur. I. Quod omnibus cre- 19

Digitized by Google

ditoribus hereditariis in solidum obligetur, etiamsi inventarium rerum hereditariarum fecerit: deinde hoc incommodum, quod iubetur etiam post deliberationem impetratam inventarium facere; & nisi fecerit, hæc pœna est, quod non solum tenetur creditoribus in solidum, sed legatariis, quia legis Falcidiæ beneficio carebit. Ei autem, qui intra tempus constitutum adierit, tria hæc incommoda denuntiantur. Primo, quod etiamsi aperte non adierit, nihilominus perinde habetur, quasi adiisset, eodemque modo obligatur creditoribus hereditariis in solidum, & non utetur beneficio L. Falcidiæ, si inventarium non fecit. Ei autem, qui intra tempus constitutum aperte repudiat; hoc iniungitur incommodum, ut nihilominus inventarium faciat, priusquam repudiet. Quod si non fecerit, hæc pœna statuitur, ut res omnes hereditarias restituat creditoribus, aut his, qui ad hereditatem vocantur, quantitate rerum iureiurando eorum, quibus restituuntur, æstimanda: quæ summa est, *§. fin autem, pen.*

20 Quæritur, si quis † neutro ex his beneficiis uti velit, sed statim aut adire hereditatem, aut repudiare, an non heredi liceat? Et scriptum est *in §. fin. legis huius*, utrumque unicuique heredi licere, ut si adierit, statim subeat omnia onera hereditaria una cum commodis hereditariis: sin repudiarit, nullo modo teneatur creditoribus, aut ullis oneribus hereditariis.

AD TITULUM XXXI.

COD. DE REPUDIANDA, VEL ABSTINENDA HEREDITATE.

Ad L. Si paterna. 1.

Imp. Antonin. A. Mutatio.

Si paterna hereditate te abstinuisse confiteris & non ut heredem in domo, sed ut inquilinum, vel custodem, vel ex alia iusta ratione habitasse liquido fuerit probatum; ex persona patris conveniri te procurator meus prohibebit. PP. Id. Iul. Messala & Sabino Coss.

Ad L. Si paterna. 2.

Idem A. Severo.

Si paterna hereditate abstinuisti: non ideo quod a creditoribus fundos comparasti (si modo id bona fide fecisti) a posterioribus, quod sub eisdem obligationibus pecuniam patri crediderunt, iure conveniris. S. PP. V. Kal. Iulii, Læto II. & Cereale Coss.

Ad L. Suus. 3.

Impp. Diocletianus & Maximian. AA. & CC. Theodotiano.

Suus heres exceptione pacti, qui testamentum iniustum adseverans, postea nihil se de paterna successione petiturum non ex caussa donationis, sed transigendi animo in iure professus est: cum respuere quæsitam nequiret hereditatem, & transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedat, submoveri non potest. Sine die, Cæs. Coss.

Ad L. Sicut maior. 4.

Iidem AA. & CC. Modestino militi.

Sicut maior vigintiquinque annis antequam adeat, delatam repudians successionem, post quærere non potest: ita quæsitam renunciando nihil agit, sed ius quod habuit, retinet; nec quod confessos in iure pro iudicatis haberi placuit, ad vocem repudiantis hereditatem, sed ad certam quantitatem deberi confitentem pertinet. S. V. Kal. Ianuar. Sirmii. AA. Coss.

Ad L.

Ad L. Pupillorum. 5.

Iidem AA. & CC. Claudianæ.

Pupillorum repudiatio delatæ hereditatis sine tutore auctore facta, nihil eis nocet. S. II. Ianuar., Sirmii. AA. Coss.

Ad L. Si quis. 6.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *præf. præt.*

Si quis suus recusaverit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire: cum fuerat indistincte ei remissum, donec res paternæ in eodem statu permanent, hoc facere, & post multum temporis licebat ei ad eandem hereditatem redire: hoc corrigentes, sancimus si quidem res iam venditæ sunt: ut nullus aditus ei ad hereditatem reservetur, quod & antiquitas observabat. Sin autem res alienatæ non sunt: si quidem maior annis constitutus est, & tempora restitutionis nulla ei supersunt: intra trium annorum spacium tantummodo huiusmedi ei detur licentia. Sin autem vel minor est, vel in utili tempore constitutus: tunc post impletum quadriennium (quod spacium pro utili anno qui restitutionibus dabatur, præstitutum est) aliud triennium ei indulgeri, intra quod potest rebus in suo statu manentibus adire hereditatem, & suam abdicationem revocare. Quo tempore transacto, nullus aditus penitus ad paternam hereditatem ei reservetur: nisi forte adhuc eo in minore ætate constituto res venditæ sint. Tunc etenim per in integrum restitutionem non denegatur ei adire hereditatem, & res recuperare, & creditoribus paternis satisfacere. Dat. XV. Kalen. Novemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC. anno secundo.

S U M M A R I A.

1. *Repudiare hereditatem quid & eius Synonyma.* ibid.
2. *Hereditas quomodo & facto repudietur.*
3. Eius est nolle, qui & velle potest. *Neu quivis hereditatem repudiare potest.*
4. *Ut quis hereditatem acquirere possit, quæ requirantur*
5. *Hereditas nisi delata nec adiri, nec repudiari potest.*
6. *Delatæ hereditatis definitio.*
7. *Hereditatem ut quis possit consequi, quibus rebus efficiatur.*
8. *Viventis nulla est hereditas: itaque ea nec adiri, nec repudiari potest.*
9. *Hereditas quot modis deferatur.*
10. *Testamento quomodo deferatur: quomodo item ab intestato, & n. 11.*
12. *Hereditas delata nisi absciente acquiri & repudiari non potest. Ratio* ibid.
13. *Hereditatem adire non potest, nisi, qui vult adire, possit obligare eum, qui acquirit. Idem in repudianda hereditate.*
14. *Pupillus & filiusfamilias cur hereditatem adire non possint.*
15. *Repudiationis hereditatis effectus.*
16. *Abstinere hereditate quid.*
17. *Heres suus quando abstinere se intelligatur.*
18. *Ad impetrandam abstinendæ hereditatis facultatem an prætor adeundus sit.*

19. *Ab-*

19. *Abstinendi facultas puberibus & impuberibus dissimili conditione data est. Rationes monstrantur* ibid.

20. *Immiscere se bonis quando suus heres dicatur.*

21. *Abstentionis hereditatis effectus.*

22. *Abstentionis potestas quando finiatur.*

Exceptis servis necessariis heredibus, nemo omnium heredum invitus hereditatem habere cogitur, sed a se removent aliter extranei, aliter sui. Extranei repudiando: sui abstinenendo. Hinc Tit. *de repud. & abstin. hered.* Ut & de omittenda tam in suis, quam extraneis, quæ altera pars est Tit. *D. de acquir. hered.* De repudianda agitur in *L.* 4. *& seqq.* De abstinenda reliquis legibus 1. 2. 3. *& ult.* De his igitur ordine dicemus.

1 Extranei heredes ut hereditatem adire, ita repudiare possunt. Repudiare est † nolle hereditatem ad se pertinere, *L. filium, de acquir. her.* Ubi omittere hereditatem, & nolle ad se pertinere hereditatem, pro eodem usurpantur. Hoc idem iuris auctores dicunt recusare. *L. recusare, de acquir. her.* Item omittere *d. L. filium, eod.* Item prætermittere, *L. qui patri, eod* Ut hereditas animi destinatione acquiritur, sic contra destinatione repudiatur, *§. ult. Instit. de her. qual. & differ.* Ad hanc destinationem animi non est necesse, verbis id testari, sed re & facto hereditas recte recusatur, & quovis indicio voluntatis, *d. L. recusare, eod.* Quomodo repudietur verbis, notum.

2 Re autem & facto † repudiari hereditas intelligitur, quoties heres aliquid facit, quod utiliter facere non potest, nisi vellet prius repudiatam hereditatem. Huius generis exempla sunt duo: Primum si is, qui legitimus heres esse poterat, sit idem a testatore institutus heres, & cum putet se non institutum, hereditatem ab intestato repudiavit. Nam hic etsi prius aperte non repudiaverit testamentariam; tamen facto suo repudiasse intelligitur, hoc ipso quod repudiavit legitimam; quoniam nisi omissa, aut repudiata hereditate testamentaria, non potest legitimam repudiare, *L. nec is §. ult. L. illud, de acquir. her.* Secundum exemplum est, si proponas filium esse exheredatum, aut præteritum immerito, ita ut competat ei querela inofficiosi testamenti, & is ab herede scripto vel hereditatem emat, vel conducat res hereditarias, vel quod debet, defuncto solvat, *L. si ponas, §. 1. de inoffic. testam.* Nam qui hæc fecit, heredem scriptum pro iusto herede agnovit, idest, pro vero domino, quod facere non potest, nisi ipse querelam repudiaverit. Quia uni duo in solidum heredes esse non possunt.

Videndum est, quis hereditatem repudiare possit, & quando, tum quis sit repudiationis effectus: qui duo loci attinguntur in *L.* 4. *& seq.* Non statim quivis heres hereditatem repudiare potest: Ut possit repudiari hereditas, videndum est, anne is, qui repudiat, possit acquirere, si velit. In quo hæc regula traditur: *Eius † est nolle, qui & velle potest*, L. 3
eius, *de reg. iur.* Eius est velle hereditatem, qui & adire potest; proinde eius etiam est nolle adire, qui adire potest. Hinc regula ad hanc speciem translata, & ita definitur is, qui potest repudiare, quod sit, qui etiam acquirere potest, *L. is, potest. L.* 4. *de acquir. her.* Quare qui quando hereditatem acquirere potest, noluit: idem eadem opera & eam quando repudiare possit, nolet; proinde utrumque iisdem præceptis continetur. Ut quis † heredi- 4
tatem adire & acquirere possit, tria summe necessaria desiderantur. I. Ut ei delata sit hereditas. II. Ut sibi sciat delatam. III. Ut sit in ea caussa, ut obligare possit eum, cui hereditatem acquiret, sive alii acquirat.

Ante omnia delatam esse oportet hereditatem. Nemo † enim hereditatem adire 5
potest, cui delata non est, proinde nemo repudiabit, cui non sit delata, *L. si quis extraneus. §.* 1. *L. is qui potest, de acquir. hered.* Delata † hereditas definitur, 6
quam quis consequi possit adeundo, *L. delata, de verb. sig.* Ut † possit quis he- 7
reditatem consequi, tribus rebus efficitur: primo si testator mortuus est, de cuius hereditate agitur: deinde si hereditas delata sit iis modis, quibus oportet: postremo si hereditas heredi nondum quæsita sit. Primo mortuum oportet esse eum, de cuius hereditate agitur, quia † viventis nulla he- 8
reditas est, *L.* 1. *de hered. vel act. vend.* Non potest autem delata dici hereditas, ubi nulla est, hinc illa tradita sunt: neminem pro herede posse gerere vivo eo, de cuius hereditate agitur, *L. nemo, de acquir. hered.* Hinc consequens de repudiatione, neminem item viventis repudiare posse hereditatem, *L. qui superstitis, eod.* Utrumque, ut dixi, ex eo, quod viventis hereditas non defertur. Non potest autem acquiri, aut repudiari, quæ nondum est delata. Mortuo eo, de cuius

bonis

bonis agitur, videndum est, an hereditas delata sit iis modis, quibus iure deferri
9 potest & solet. Defertur † autem duobus modis, ex testamento & ab intestato.
10 *§. ult. Inst. per quas pers.* Testamento † defertur, non si testamentum solum valet, sed etiam si concurrit voluntas testatoris, quod ita fit, si heres pure sit institutus, aut institutus sub conditione, quæ iam extiterit. Pendente autem conditione hereditas non defertur. Proinde placuit pendente conditione hereditatem neminem adire posse, eoque nec repudiare, *L. is qui heres, in prin. D. h. t.* Hac de caussa placuit, quamdiu institutus admitti potest, tamdiu substitutum neque adire, neque repudiare posse, *L. quamdiu, L. in plurium, D. eod.* Quia substitutus omnis substituitur sub conditione, si institutus
11 defecit. Ab intestato † defertur hereditas, cum nullum testamentum est, aut siquidem est, non valet. Hinc rursum illa regula: Quamdiu ex testamento adiri hereditas potest, tamdiu ab intestato nec adiri, nec repudiari posse, *L. quamdiu, eod.* Et si forte plures erunt heredum legitimi gradus, nunquam posteriores adeundo, aut repudiando quicquam egerint, priusquam priores exclusi sint, quamvis posterioribus h. L. defertur hereditas, *d. L. in plurium, D. eod.* Nihil prodest aliquando iis modis delatam fuisse hereditatem, si ea hereditas iam quæsita sit heredi: quæsita repudiari non potest, quoniam nec amplius acquiritur: nam quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequit, *§. sic itaque, Inst. de act.* Quæritur autem hereditas extraneis heredibus, si delatam adierint. Hinc est, quod dicitur in *L. 4.* neminem, qui semel adierit hereditatem, aditam repudiare posse, quia nec acquirere amplius potest. Is autem repudiare potest, qui & acquirere; nec potest acquirere ideo, quia non est delata. Tunc enim intelligitur etiam delata hereditas, cum quis eam consequi potest: non autem consequi potest, ut dixi, eam, quam iam acquisierit. Suis autem heredibus acquiritur statim hereditas ipso iure, Hinc rursum illud efficitur: Neminem suum heredem hereditatem adire posse, eoque nec repudiare potest, *L. is, qui putat, D. h. tit.*

12 Hoc primum † genus est, quod ad acquirendam vel repudiandam hereditatem necessarium esse dicimus. Alterum illud est, ut qui hereditatem adire volet, sciat sibi delatam esse hereditatem *§ ult. Inst. de hered. qual. & differ.* Cuius rei hanc rationem reddidimus initio superioris tituli, quod hereditas animi destinatione aditur, aut acquiritur. Nihil autem animi destinatione geri, nisi & scientia certa potest, *L. in totum, de reg. iur.* Proinde in repudiatione idem ius servabimus. Hinc regula de hac specie: In repudianda hereditate, vel legato, certus esse debet de iure suo is, cui hereditas, aut legatum defertur, *L. in repudianda, D. h. t. de acq. vel omitt. her.* Quod rursum eadem ratione efficitur, qua superius. Nam & contraria animi destinatione repudiari, exempio erunt hæ species, in quibus dixi hereditatem non deferri. Ut ergo si viventis hereditas non defertur; ita si quis dubitet, an testator vivat, necne, hereditatem eius nec adire, nec repudiare potest, quantumvis revera decesserit is, de cuius bonis agitur, *L. is qui, D. eod.* Similiter ut hereditas ex testamento, quod non valet, adiri non potest, aut repudiari; itemque ut pendente conditione nec adiri, nec repudiari potest: ita si testamentum valeat, & quis de viribus testamenti dubitet; item si conditio extiterit, aut etiam si nulla conditio adiecta sit; si tamen de eo dubitet heres, hereditatem frustra adibit, frustra repudiabit, *L. heres institutus, L. seq. D. eod.* Similiter si quis sit extraneus heres, cui vere sit delata hereditas, & nondum quæsita; si tamen se necessarium heredem putat, neque hereditatem adire, neque repudiare potest, ut si sit emancipatus, qui aliquo errore vel facti, vel iuris non putet se emancipatum, aut qui putat se iure emancipatum, *L. is qui putat, & L. seq. eod.*

Tertium † genus necessarium esse dicimus ad acquirendam hereditatem, ut is, qui hereditatem adire vult, possit obligare eum, cui acquirit. Hoc qui non potest, hereditatem adire non potest; quoniam hereditas obligat nos æri alieno, *L. more, D. eod.* Si acquirere non potest, nec repudiare potest. In hac autem caussa sunt duo genera personarum: Pupillus, † cui delata est hereditas, & filiusfamilias. Pupillus sine auctoritate tutoris obligari non potest, & ob hanc caussam nec delatam sibi hereditatem adire, *§. neque Inst. de auctorit. tutor.* Hinc fit, ut nec repudiare possit sine tutorum auctoritate, *L. pupill. h. t.* Filiusfamilias non potest, nisi consentiente & iubente patre acquirere hereditatem, ne invitum patrem hereditate obliget, *L. 6. in princ. D. h. t.* Ideo nec repudiare potest sine consensu patris, *L. is qui, §. ult. D. h. t.* 13 14

Sed in hoc genere notandum est, quod dissimile est a primo. Nam in eo ita exigi-

gimus, ut hereditas delata sit, ut heres habeat facultatem hereditatis adeundæ, aut repudiandæ: ut velimus etiam heredem hoc certo scire. In hoc postremo generaliter accipitur: satis est enim, si quis heres sui iuris & pubes sit, ut hereditatem adire possit, & repudiare, non est necesse, ut sciat hanc suam conditionem.

Itaque qui de ea conditione dubitat, nihilominus recte adit & repudiat, *L. sed etsi eod.* Similiter & pubes, si hereditatem adeat, quamvis se pupillum falso existimat, tamen is error non nocebit, *L. qui se pupill. D. h. t.* Differentiæ ratio est, quia tametsi quis filiusfamilias esset, aut impubes, nihilominus ei æque hereditas delata esset. Cum dicimus hereditatem acquiri aut repudiari non posse, antequam heredi delata sit, & antequam delatam sciat, & antequam obligare possit eum, qui acquirit, hoc dicimus, etiamsi non adita, aut repudiata sit; tamen non prohiberi heredem postea delata hereditate, eam repudiare, quam prius ignoret, & adire eam, quam prius repudiarat. Qui superstitis voluntatem agnovit, non prohibetur eo mortuo repudiare, quia aditio præmatura nihil egit: & contra si superstitis quis hereditatem repudiavit, non prohibetur eo mortuo adire hereditatem, aut pro herede gerere, quia repudiatio præcedens nihil egit, *L. qui superstitis, D. eod.*

15 Repudiationis † effectus est aditioni contrarius. Unusquisque hereditatem adeundo sic acquirit, ut quæsitam postea repudiare non possit, duabus de caussis. I. Quia iam delata esse desiit, postquam quæsita est. II. Quia heres hereditate adita obligari cœpit creditoribus hereditariis. Nemo autem se facto suo liberat a creditoribus, nisi aut solvendo, aut satisfaciendo. Solutione eius, quod debetur, tollitur obligatio. Satisfactio autem pro solutione est, nec aliis modis facto debitoris obligatio tollitur, *L. si rem, §. omnis, D. de pignoratit. action. L. si servum, §. nunc videamus, D. de verb. obligation* Contra repudiando unusquisque hereditatem amittit, *L. is, qui heres, D. eod.* Quod eam vim habet, ut quamvis postea velit adire repudiatam, non possit; quoniam post eius delationem desiit esse delata. Nemo autem non delatum acquirit, quorum utrumque traditur in *L. 4.* Sed posterius accipiendum est de his, qui repudiatam hereditatem nolentes, adire constituunt, quod nullis licet. Cæterum interdum ii, qui repudiant, coguntur adire, quod receptum est in his heredibus institutis, qui iussi sunt hereditatem restituere. Nam quamvis semel repudiarunt; tamen Senatusconsulto coguntur adire postulante fideicommissario, *L. nam quod, §. 1. ad Treb.* Horum utrumque ita est, si is, qui adiit hereditatem, aut repudiavit, sit maior vigintiquinque annis, ut adiicitur in *d. L. 4. h. t.* Nam si minor hereditatem adiit, aut repudiavit, beneficio ætatis restitui in integrum potest, ut sibi repudiare liceat, quam adivit, & adire, si repudiavit, *L. ait prætor, §. non solum, & §. restitutus, D. de min.* Tit. *si minor. her. se abst. supr. &* Tit. *si ut omiss. hered. sequ.*

Sui quoque heredes hereditatem a se removere possunt, itidem ut extranei, sed hoc consequuntur non repudiando, sed abstinendo hereditate. Fit enim eis abstinendi potestas, edicto prætoris, *L. necessariis, eod.* Non possunt repudiare, quia repudiamus oblata nondum quæsita, *L. 1. §. decreta, de success. edict.* Suus autem iam statim heres exstitit, ex quo hereditas deferri cœpit, sed potest se bonis abstinere. Nam abstinemus rebus præsentibus & nostris. Hic videndum est, quid sit † abstinere, quando sui se abstineant, quibus detur abstinendi facultas, & abstentio quid efficiat. Abstinere proprie est non attingere res hereditarias. Sed intelligendum, abstentionem, de qua loquimur, non esse huius facti solius, si quis non attingat, & ideo si quis suus heres est, priusquam attingeret res hereditarias, quam decesserit, si nihil aliud de voluntate sua testatus est, nihilominus hereditatem ad suos heredes transmittet, *L. 3. sup. prox. tit.* Quia non attingendo non dicitur se ideo abstinuisse; sed abstinere animi est, non solius facti. Itaque breviter suus heres se abstinere dicitur hereditate, cum testatur se nolle hereditatem retinere: nam hoc verbum describitur in *L. servum quis, §. prætor, D. eod.* 16

Abstinere † se intelligitur suus heres, cum hoc de voluntate sua est testatus, non tantum si in iudicio & iure id faciat, sed etiam si extra iudicium quovis loco. Dubitari vero potuit, an † cum edicto prætoris abstinendi facultas concederetur, necesse sit in eo prætorem adire, qui hanc daret facultatem, ut hoc modo recte abstineretur hereditate. Et placuit in eo necesse non esse adire magistratum, *L. ei qui, 12. D. eod.* Omnibus suis heredibus abstinendi facultas datur, non tantum impuberibus, sed puberibus etiam, dissimili tamen conditione. Nam impuberibus † 17 18 19
sine

sine conditione data est, sive se immiscuerint bonis, sive non, *L. impuberibus*, *L. necessariis*, *in princ. eod.* Puberibus autem duabus his conditionibus, si se non immiscuerint, & si per eos factum non sit, quo quid de hereditate amoveretur.

Unde intelligimus, ex puberibus duo genera esse eorum, quibus abstinendi facultas non est. Primum est eorum, qui se bonis immiscuerunt, *d. L. necessariis*,
20 *eod.* Immiscere † se bonis dicitur suus heres, cum bona hereditaria tractat ut heres, & ut breviter dicam, qui remoto potestatis vinculo pro herede se gerit, *L. eum bonis*, *D. h. t.* idest, qui id facit in hereditate patris, quod filius emancipatus faciendo diceretur pro herede gerere. De eo dixi *ad L. si is*, *qui bonis*. Quid sit pro herede gerere dixi *ad L. 2. eod. tit. sup.* Hæc igitur qui fecit in hereditate patris, hereditatem postea non potest reiicere, quoniam nec hereditatem repudiare potest extraneus, qui adeundo eam quæsivisset vel pro herede gerendo.

Hinc quæsitum *L. 3. huius tit.* pubes patri suus heres exstiterat, & se immiscuerat bonis, cum esset præteritus testamento patris, & iniustum testamentum patris diceret: deinde controversia orta inter eum & scriptum heredem, transegit eum herede, & cavit se nihil amplius de hereditate ea petiturum: deinde cœpit petere. Duo videbantur ei obstare. I. Quod videretur superiore conventione se abstinuisse hereditate, eamque respuisse, ac proinde repudiasse. II. Obstabat & transactio. Rescriptum est, conventionem ei nihil obstare, quominus sit heres, quia hereditatem quæsitam sic accipit, se immiscendo. Deinde, non obstare transactionem in specie proposita, quia facta esset transactio, nullo retento, nullo dato, nullo promisso, cuius generis transactiones non valent. Interim hæc sententia confirmatur, & in suis heredibus hoc ius valet, ut si se immiscendo quæsierunt hereditatem, postea contraria voluntate eam reiicere non possint.

Alterum genus eorum est, qui non solum quid amoverunt ex hereditate, sed etiam qui dederunt operam, ut amoveretur, *L. si servum*, *eod.* ubi hic locus usque ad finem legis dilucide explicatur.

21 Abstentionis † effectus hic est, ut quamdiu suus heres in eadem abstentione manet, ea omnia consequatur, quæ tribuuntur extraneis heredibus, eum repudiaverunt *L. pro herede*, *§. Papin. in fin. D. h. t.* Unde suus heres abstentione duo consequitur. I. Ut non teneatur creditoribus hereditariis, non magis, quam extraneus, qui repudiavit *d. L. necessariis*, *eod.* II. Si quas actiones adversus patrem amisit, dum patri heres exstitit, illi restituuntur integræ actiones, postquam abstinuit hereditate, *d. L. eum demum*, *§. ult. D. eod.* Sed quemadmodum abstinenti non nocet aliquando heredem exstitisse, sic ei hereditas non prodest. Itaque hereditatem non habet, & si interim decedat, hereditatem ad suos heredes non transmittit, *L. filius*, *qui se*, *L. Iulianus*, *seq. D. h. t.*

Sed hi effectus sunt in persona sui heredis, quamdiu in eadem abstentione perseverat. Cæterum extra personam impuberis, & aliis in rebus diligenter tenendum est, suum heredem, postquam se abstinuit, nihilominus iure civili heredem manere, qui semel exstitit: quoniam, ut supra dixi, semel teneri cœpit creditoribus hereditariis, ab his nullo suo facto liberari potest. Et hæc definitio est iuris certi, eum, qui semel exstitit heres, nunquam heredem esse postea desinere, *L. ait prætor*, *§. sed Papinianus*, *D. de minor. L. ei*, *qui solvendo*, 88. *de hered. instit.* Neque vero sine effectu hoc statuitur, ut quis putet rem hanc esse positam in subtilitate iuris civilis, eum iure prætorio is, qui se abstinuit, pro herede non habeatur. Huius iuris effectus tres sunt. Primus in confirmatione testamenti, ut si ad res aliquas confirmandas, quæ testamento erant datæ, opus sit herede, ibi ad earum rerum confirmationem satis sit suum heredem exstitisse, quanvis se postea abstineat, quia & post abstentionem heres manet; utputa libertates testamento datæ non debentur, ubi nemo heres exstitit, *L. 9. D. de testament. tut.* Et hæ valebunt, si semel heres aliquis suus exstiterit, quanvis postea se abstineat, *L. sciendum*, *D. de man. test. L. cum quasi*, *§. sed & si quis*, *vers sed & si suus*, *D. de fid. lib.* Idem & in secundis tabulis contingit. Secundæ tabulæ, seu pupillares, idest, substitutio pupillaris non valet, ubi ex testamento patris nemo heres exstitit, *L. 1. §. 1. de vulg.* dicimus, ut secundæ tabulæ valeant, satis esse, si quis suus heres patri exstiterit, quanvis se postea abstineat, *L. Iulianus*, *L. filius*, *qui se D. de acquir. her.*

Secundus effectus est in rerum hereditariarum administratione, quas suus heres ante abstentionem administravit. Nam quæcunque heres suus gessit in rebus hereditariis, omnia rata sunt & manent, quanvis postea se abstinuerit, dummodo bona fide,

fide, *L. quoties, de acquir. hered.* Utputa, debitores hereditarii solvebant has res, quæ servando servari non possunt; heres easdem res distraxit, & pretium consecutus est; dicimus, quanvis postea se abstineat, tamen & debitores recte liberatos esse: & emptores de rebus emptis inquietari non posse, quanvis pupillus omnia, quæ consecutus erat, amiserit, *d. L. quoties*. Bona autem fide in his rebus versatus intelligitur, cum eatenus liberavit debitores, quatenus ab his accepit, & cum res quæ conservari non poterant, vendidit, & tanti vendidit, quanti valebant. Non bona fide autem res gesta est, si debitores ultro, antequam solverunt, liberaverit vel pacifcendo, vel acceptum his ferendo, aut si res multo minoris vendidit.

Tertius effectus est, & is præcipue animadvertendus, qui cernitur in hereditatis acquisitione, longe dissimilis repudiationi. Nam cum quis voluntarius heres hereditatem repudiat, repudiatione hereditatem amittit *L. si is, D. de acq. hered.* idest, ut explicatur in *L. 4. h. t.* ita desinet heres esse, ut si velit hereditatem postea adire, non possit. Abstentionis longe dissimlis effectus. Nam suus heres abstentione tandiu heres esse desiit iure prætorio, quamdiu in eadem volontate manet; cæterum ex pœnitentia si volet esse heres, fiet. Quinimo si immiscuerit se bonis paternis post abstentionem; nisi probet se alio animo fecisse, quam ut heres esset, obligatur invitus creditoribus hereditariis ut suus, *L. si quis suus, D. de iur. deliber.* Quæ sententia in *L. ult. infr.* confirmatur, sed id colligitur præcipue ex *L. 1. & 2.* Nam in *L. 1.* dicitur, si suus heres, postquam se abstinuit, habitet in domo hereditaria: non posse eum a creditoribus conveniri, si habitaverit non ut heres, sed ut inquilinus & custos. Unde contraria conditione recte & manifeste colligitur, si heres inhabitet: teneri eum creditoribus hereditariis, ac proinde esse heredem, quia aliter creditoribus teneri non posset. In *L. 2.* dicitur item, si suus heres, postquam se abstinuit, comparaverit res bona fide hereditarias a creditoribus, non teneri eum creditoribus posterioribus. Unde rursum intelligitur teneri eum sub contraria conditione, si mala fide comparaverit. Hinc quæstio in his duabus legibus, utrum his factis, quæ hic proponuntur, dicendus sit suus heres se immiscuisse, an non? de quo paulo post in extremo dicetur.

Sed & hæc potestas post abstentionem iterum hereditatem acquirendi intra certas metas conclusa est, *L. ult. infr. h. t.* Ad hanc sententiam finitur hæc potestas duobus modis. Primo, si res hereditariæ, seu bona omnia hereditaria distracta sint, quod ius etiam olim obtinebat, *d. L. si quis suus, de iur. deliber. L. quod si minor. §. Scævola, D. de minor.* Confirmatur *in prin. L. ult.* Et adeo olim hereditariis rebus distractis non poterat suus heres post abstentionem redire ad eandem hereditatem, ut nec in integrum restitutio ea caussa illi concederetur, vel adversus substitutum, qui vendidisset bona, vel adversus legitimum heredem, qui post abstentionem hereditatem adiisset, ut traditur in dicta *L. quod si minor.* Iustinianus autem in hac parte restitutionem dedit minoribus in hac *L. ult. circa fin.* Unde intelligimus hac Iustiniani lege derogatum esse dictæ *L. quod si minor, §. Scævola*. Nam constitutio Iustiniani est una de 50. decisionibus eius.

Præterea † finitur superior potestas tempore, quanvis rebus adhuc integris in hereditate manentibus, nempe finitur post triennium, quod cedit varie. Nam his, qui infra vigesimum nonum annum se abstinuere, hoc triennium cedit tantum ex fine vigesimi noni anni. His autem, qui post hanc ætatem se abstinuere, cedit statim post triennium, ex quo se abstinuere. Ex hac parte quæsitum est, quando videatur heres, qui se abstinuit immiscuisse, & ex quibus factis videatur abstinere, quæ sunt quæstiones *L. 1. & 2. hic.* 22

Ex his autem rescriptis hæc summa colligitur: videri suum heredem se immiscuisse bonis paternis, quoties aliquid de bonis paternis tractaverit, vel inhabitando ædes, vel res hereditarias possidendo, tenendove, nisi eluceat alio se animo tractasse, & alio iure quam hereditatis.

Exempla sunt hæc: si inhabitaverit in domo hereditaria, videtur se immiscuisse, nisi ut inquilinus, aut custos id fecit, quod exemplum *L. 1.* Quod si de eo ambigatur, an inhabitaverit ut inquilinus, aut custos; uter probare debet, adversariusne eum habitasse ut heredem, an vero hic, qui inhabitaverit, se non pro herede, sed ut inquilinum habitasse? Et ex rescripto perspicuum est, suum heredem ad sui defensionem dicere debere, se inhabitasse ut inquilinum, aut custodem; ex quo intelligitur id probare debere eum, quia est regula iuris: eum probare, qui dicit, non qui negat, *L. 2. de probat.* Itaque & in re dubia ut heres inhabitasse intelligitur.

Sed cur potius ut heres existimatur id fecisse, quam ut inquilinus, cum proniores

res debeamus esse ad liberandum, quam ad obligandum? *L. Arrianus, D. de obligat. & action.* Respondeo; quia quotiescunque quis re aliqua suo iure uti potest, & in eadem re furtum facere, aut prædari, benignius & proclivius creditur eum suo iure fecisse potius, quam aut furtum commisisse, aut prædatum esse, *L. merito autem D. pro socio*. Similiter si filius suus heres res hereditarias teneat & possideat; videbitur, ut heres fecisse, nisi doceatur eum alio iure fecisse, quam hereditario. Id autem probatur, si res emit a creditoribus hereditariis, quod est exemplum *L. 2.* Nam qui emit, non hereditario iure, sed emptoris possidet, idest, si filius suus heres bona fide res comparavit. Unde intelligimus, si comparaverit mala fide, pro eo haberi, atque si se immiscuisset, *L. si is qui, D. de acq. hered.* Probatur autem fraus & mala fides alias recte & aperte, ut cum probatur de consilio fraudandi inter creditores & filium inito. Probatur item ex coniecturis, sunt autem hæ; si filius per suppositam personam emptoris emerit, & si apposuerit aliquem, qui emeret a creditoribus & ipse deinde ab eo emptore possidere reperiatur, quæ coniectura est in *d. L. si is qui bonis, de acq. hered.* Potest hæc quoque coniectura fraudis esse, si creditores non iusto pretio res vendiderint. Item, si prius vendiderint, quam bona possidere cœpissent.

Adiicitur in *eadem L. 2.* cum filius bona fide comparavit a creditoribus res hereditarias, non posse eum conveniri a posterioribus creditoribus, quibus eædem res pignori erant obligatæ, & recte; quia filius a prioribus emendo in eorum locum succedit, ita ut ultro actiones habeat ad persequendum pignus adversus posteriores creditores. Multo igitur magis adversus eos possidens retentionem habebit, *L. 1. infra, si antiq. creditor.* Quod si autem filius mala fide ab his emerit: primum heres erit, ut dixi; deinde recta a posterioribus creditoribus convenietur, duabus de caussis. I. Quia non emit, cum emit, si res illius sunt hereditario iure; rei autem nostræ non consistit emptio, quæ pars confirmatur in *L. debitor, de pign. action.* Deinde, quia in prioris creditoris locum succedere non potest, cui a defuncto deberi nihil potest. Non potest autem heredi quicquam deberi ex caussa hereditaria, quoniam etsi ei deberetur, prius tamen aditione hereditatis obligatio tolleretur, *L. creditori, L. debitori, supr. de pact.*

AD TITULUM XXXII.

QUEMADMODUM TESTAMENTA APERIANTUR, INSPICIANTUR, ET DESCRIBANTUR.

Ad L. Ut testamentum. 1.

Imp. Alexander A. Proculæ.

Ut testamentum quod dicis factum, proferatur, & publice recitetur, competens iudex iubebit. PP. II. Kalend. April. Maximo. II. & Æliano Coss.

Ad L. Testamenti. 2.

Impp. Valerian. & Gallien. Alexandro.

Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur, affirmans: potes illuc perferre, ut secundum leges moresque locorum insinuentur: ita scilicet, ut testibus non præsentibus, adire prius vel pro tribunali vel per libellum rectorem provinciæ procures; ac permittente eo, honestos viros adesse facias, quibus præsentibus aperiantur, & ab his rursum obsignentur. PP. XII. Kal. Ianuarii, Maximo. II. & Glabrione Coss.

Ad L. Eius quod. 3.

Impp. Diocletianus & Maximian. AA. & CC. Aristoteli.

Eius quod ad caussam novissimi patris vestri iudicii pertinet, de calumnia tibi iuranti, præter partem quam aperiri defunctus vetuit, vel ad ignominiam alicuius pertinere dicitur, inspiciendi ac describendi, præter diem & consulem, rector provinciæ facultatem fieri iubebit. Dat. VI. Kalend. Maii. CC. Coss.

Ad L. Codicillos, 4.

Impp. Gratian. Valentinian. & Theod. AAA. ad Hesperium. PP.

Codicillos, seu scripturam quolibet tenore formatam, ea oportebit observatione in publicum proferri, qua testamenta panduntur. Dat. III. Kalend. August. Mediolani, Ausonio & Olybrio Coss.

S U M M A R I A.

1. *Interest heredis ad adeundam hereditatem tabulas apertas esse, ut de iure suo possit ex illis tabulis cognoscere.*
2. *Deinde interest heredis tabulae testamenti non quovis modo aperiri & inspici, sed aperiri per magistratum.*
3. *Competens magistratus quis sit.*
4. *Per libellum quando adiri dicatur magistratus.*
5. *In aperiendis tabulis qui servetur ordo.*
6. *Reipublicæ interest suprema iudicia hominum exitum habere.*
7. *Tabulæ testamenti quibus modis aperiri debeant.*
8. *Testamentum insinuari & publicari debet.*
9. *Insinuare testamentum est actis insinuare.*
10. *Referre in acta quid sit.*
11. *In re dubia a verborum significatione recedi non debet.*
12. *Improbum est, sollicitum esse de hereditate viventis.*

INterest heredis ad adeundam hereditatem aperiri tabulas testamenti, & eorum omnium interest, quibus quid eo testamento est relictum: ut si forte quid sub conditione relictum sit, conditioni pareant; si conditio iam exstiterit, sciant relictum ad se pertinere. Interest amplius istorum omnium, non tantum aperiri testamentum, sed certo modo aperiri per magistratum, ut fides earum tabularum confirmetur. Interest præterea ad publicam & perpetuam fidem non tantum eas tabulas per magistratum aperiri & approbari, sed etiam insinuari. De his igitur tribus agitur hoc titulo, & D. eod. Quæ cum pertineant ad hereditatem adeundam partim, partim ad eam ex testamento retinendam, recte & ordine hæc tractatio superiori adiicitur.

1 Principio † interest heredis ad adeundam hereditatem tabulas apertas esse, ut de iure suo possit ex illis tabulis cognoscere, quod priusquam cognovit, hereditatem adire non potest, nec repudiare, *§. ult. Instit. de hered. qual. L. in repudianda, de acquir. hered.* Nam quod dicitur in *L. unica, § in novissimo, infr. de cad. toll.* posse hodie heredem & apertis tabulis & clausis, hereditatem adire, de herede accipiendum est, qui alio modo sciat se heredem esse, quam apertis tabulis, cuiusmodi est is, qui interfuit, cum testator testamentum fecit, & palam suum testamentum recitandum curavit. Quod si heres non potuit cognoscere aliunde, an heres scriptus esset, nec ne, opus est, ut ex tabulis testamenti id cognoscat, nec prius hereditatem poterit adire, quod significatur in *L. ult. §. 2. supr. de iur. delib.* Ad hanc autem rem nihil interest, quando tabulæ testamenti aperiantur, neque quæ tabulæ testamenti. Si tabulæ testamenti sua natura sunt patefactæ, ut sæpe testatores eas non claudunt: sufficiet eas tabulas per se aperire & inspicere, ut heres de iure suo certius esse possit; neque necesse erit magistratum adire, quo iubente tabulæ aperiantur & inspiciantur, *L. si in duobus, §. 1. D. eod.* Si testator duobus exemplaribus testamentum fecit, eadem solemnitate in utroque adhibita, & alterum exemplum apertum est: sufficit ad adeundam hereditatem, neque necesse est alterum exemplar aperiri & cognosci: etiam si enim duo sint exemplaria, unum tamen est testamentum, *d. L. si in duab.*

Quod si testator unum testamentum fecerit, deinde ex eo exemplum descripserit sine solemnibus, tabulæ testamenti nondum

nondum apertæ intelliguntur. Aperto autem exemplo nihil est actum, neque ea res ad cognitionem iuris suo heredi proderit, *L. ult. D. eod.* quia ita ius est, ut exempla fidem non faciant, *L. 2. de fide instrumen. auth. si qui in aliq.* supr. *de edendo*.

2 Interest † amplius heredis, tabulas testamenti non quovis modo aperiri & inspici, sed aperiri per magistratum, ita ut fides earum tabularum confirmetur, si quando opus erit adversus legitimos heredes testamento controversiam facientes. Idemque fieri & legatariorum interest, & omnium, quibus quid eo testamento relictum. Ob hanc caussam in hac parte edicti præscribitur certus modus, quo tabulæ testamenti aperiantur. In eo magistratus & iudex adeundus est, quo iubente tabulæ testamenti aperiantur. Iubetur autem adiri competens iudex, ut est in *L. 1. h. t.* Competens † est magistratus, qui
3 iurisdictioni præest, puta olim Romæ prætor, in provinciis præses, *L. ab initio, eo. L. 2. in fin. h. t.* In eo autem non necesse est adire magistratum sedentem pro tribunali; sed etiam adiri per libellum potest, ut est in *d. L. 1. in fin.* Sensus est, posse eum adiri de plano. Per libellum autem † di-
4 citur adiri magistratus, quoties libello supplici ab eo postulatur, quod eius auctoritate transigi debet, sine caussæ cognitione, *L. nec quicquam, §. 1. de officio proconsul.* Talis est hæc postulatio de aperiendis tabulis testamenti.

5 In his autem † aperiendis hic servatur ordo & ratio earum confirmandarum. Magistratus iubet per apparitores suos cogi adesse testes, eosdemque signatores testamenti, ut præsentes sigilla sua recognoscant, vel sua esse negent, *L. cum ab initio, & L. seq. D. eod.* Sed quare iubet hoc fieri? Ut recognitis sigillis, declaret magistratus, recognita esse sigilla a testibus, eoque testamentum esse legitimum, id quod postulatum est, & idem esse solemne.

Quod si testes & signatores negabunt, sua signa esse, incipiunt suspectæ esse tabulæ, si vel unus id fecit, *L. 1. in fin. eod.* Notandum est autem hic duas ad res cogi testes & signatores. Primo, ut iussi conveniant apud prætorem, idest, iussi agnoscant sigilla sua, vel esse negent, *dict. L. cum ab initio.* Convenire & adesse iubentur, sed hi, qui præsentes sunt in his locis, ubi aperitur testamentum; si signatores absunt, mittitur ad eos domum, non evocantur, ut domi signa recognoscant, *L. sed si quis, D. eod.* Coguntur autem omnes, sive præsentes, sive absentes, ad quos domum mittitur, iussi signa sua cognoscere, aut repudiare. Ubi quæritur, quare necesse sit, ad eam rem cogi signatores, ubi forte controversia non sit de testamento, & nulla necessitas litis præsentis cogat testimonium ferre? Adversus hanc rationem ratio redditur in *L. vel negare, D. eod.* quia reipublicæ
† interest suprema hominum iudicia exitum habere. 6
Quid si iussi signatores adesse, aut recognoscere signa sua, non pareant? Respondeo: iam dixi a prætore eos cogendos; cogendi ratio est, ut iis mulctam dicat, quam ab iis exigat, nisi pareant. Est enim unum ex remediis prætoriis, seu magistratus ad cogendos inobedientes cives.

His rebus † peractis prætor iubebit te- 7
stamentum aperiri & recitari. Sed ne quid falsi postea admittatur, aut ne quid suspectum fiat, aperietur testibus præsentibus, idque fit tribus modis. Primo, testibus iisdemque signatoribus testamento præsentibus, si omnes adsint: deinde his non præsentibus, si maior pars adsit, *L. si maior. D. eodem* Postremo, si testes, iidemque signatores non adsint, & necessitas aliqua urgeat, ut testamentum aperiatur & cognoscatur: curet magistratus id aperiri intervenientibus aliis honestis personis, quibus præsentibus aperitur & recitatur testamentum, & ab iisdem postea testamentum descriptum obsignari, *L. sed si quis, in fin. D. eod. L. 2. h. t.* Sed in omnibus his hoc cavetur, ut si testamentum apertum erit, priusquam alii ex signatoribus præsentes recognoverint sigilla sua, ad eos postea mittatur, ut sigilla sua recognoscant. Hæc ideo desiderantur, ut intelligamus, sive testes mortui sint, qui sigilla sua non recognoscant; sive præsentes negent sigilla sua esse; sive his agnoscentibus testamentum, non sit apertum iubente magistratu: testamentum non facere fidem, vel negante uno teste signum suum etiam tabulæ suspectæ fiunt. *L. 1. in fin. supr.* His demortuis & non agnoscentibus sigilla sua, ut significatur in *L. vel negare, D. eod.* supremum iudicium defuncti exitum non habebit. Proinde recte initio diximus hoc modo, atque ordine testamenta aperiri interesse & heredis & omnium, quibus quid relictum est, ut testamenta in posterum fidem faciant. Cum autem res isto ordine transacta erit, nihil in posterum deerit ad fidem tabularum testamenti, ut probetur a testatore scriptum id factum esse.

Sed

Digitized by Google

Sed tabulæ testamenti intercidere possunt, vel casu amitti, vel incendio, vel alio casu, vel ita subtrahi, ut non extent. Proinde, ad certam & firmam fidem testamenti, interest id tertium fieri, de quo
8 † initio proposuimus, nempe testamentum insinuari & publicari; de qua specie agitur in *L.* 1. *&* 2. *h. t.* ut verba publicandi & insinuandi testamenti declarant.
9 Insinuare † testamentum, est insinuare actis, hæc enim duo pro eodem accipiuntur, *L. in hac*, *L. in donationibus infr. de donationib.* Id autem tum fit, cum testamentum ita apertum est, ut supra dixi. Magistratus iubet apud acta testamentum publice legi & recitari; deinde a scriba pro officio suo iubet testamentum describi & in acta iudicialia publica descriptum referri, seu mandari actis publicis. Refer-
10 re † in acta est, quod recentiores Imperatores dicunt insinuare actis, quasi dicat efficere, ut res in actis accipiatur, & illis commendetur.

Hoc cum ita factum est, exemplum testamenti, quod in acta publica relatum est, deinceps sine ullis testibus publicam fidem facere potest, *L. in donationibus*, *D. de donat.* Sed hac lege, si priores tabulæ testamenti casu non interciderint, ut traditur in *L.* 2. *de testamen.* ubi plura dixi, & præterea ostendimus, apud quos iudices testamenta nostra insinuentur, de quo *L. testamenta & L. consulta*, *supr. de testam.* item ex *dict. L. in hac*, *D. de donatio.* Ex quibus locis intelligitur, quis sit ille competens iudex, qui commemoratur in Lege 1. *h. t.* per quam publice testamentum recitari debet, & publicari. Ex fide autem publica, quam exempla in acta relata nanciscuntur, factum est, ut quod instrumentum insinuatur actis, idem dicatur publicari.

Hæc omnia facile transiguntur, cum testamentum est penes eum, qui aut cognoscere vult, aut eo modo aperiri & publicari, ut dixi. Nam si testamentum sua sponte patefactum est, potest apud se inspicere; si est clausum, potest ad magistratum referre & petere, ut solemniter aperiatur. Sed quid si testamentum sit penes alium, qui non patiatur testamentum, vel ab herede, vel legatario, vel aliis desiderantibus inspici & proferri? In hac re altera parte edicti prætoris prospicitur desiderantibus, ut id consequi liceat. Est autem in hac parte hæc sententia edicti: Pollicetur prætor omnibus desiderantibus tabulas testamenti inspicere & describere, ad quos ea res pertinere dicetur, iurantibus non calumniæ caussa se id petere, potestatem se facturum inspiciendi describendique, quodcunque ad caussam testamenti pertinebit, præter pauca quædam, quæ eo edicto, vel sententia edicti excepta sunt; idque se constituturum adversus eum, qui tabulas testamenti apud se esse non negabit: & si is potestatem facere nolit, adiicit prætor se compensaturum.

In hoc edicto, seu in hoc iure hæc capita spectanda sunt. I. Quibus personis id concedat prætor, & qua conditione. II. Quid concedat, adversus quos, quibus in rebus III. Quando concedat & effectum det, quod concedit. Principio prætor pollicetur hoc beneficium omnibus sine exceptione desiderantibus tabulas testamenti inspicere, seu describere, *L.* 1. *D. eod.* Ergo omnibus, sive eorum intersit, sive non, & hoc ita est, si tamen hi, qui desiderant, dicant sua interesse, vel quia illis aliquid relictum sit, vel quia implicitam cum aliquo controversiam habeant, de qua iudicari non possit, nisi cognitis testamenti verbis, ut colligitur ex ratione *d. L.* 1. *&* 2. *in prin.* Sed intelligendum est, eum quis dicit eam rem ad se pertinere; non tamen id debere probare, neque summatim: sed tantum ut desideranti imponatur prius, ut iuret non calumniæ caussa id se petere, idest, sua interesse ita, ut dicit: quæ pars indicatur in *L.* 3. *in pr. h. t.* Ex qua conditione satis confirmatur id, quod in edicti sententia continetur, non concedi hoc beneficium, nisi his, ad quos ea res pertinere docetur, cum id confirmare debeant iureiurando ita esse.

Pollicetur autem prætor se desiderantibus potestatem facturum inspiciendi & describendi, *d. L.* 1. *D. eod. & L.* 3. *h. t.* Cuius autem rei inspectionem & descriptionem concedit prætor? Eius quicquid ad caussam testamenti pertinebit, ut intelligitur ex *d. L.* 2. *§.* 1. *D. eod.* & ideo *L.* 3. iisdem verbis utitur, ut intelligamus eam descriptionem esse ex edicto. His verbis continentur 1. tabulæ testamenti. Sed an cuiusvis testamenti? Quid enim si testamentum vel imperfectum, vel iniustum sit, & denique si non valeat. Movet quæstionem, quod edictum *testamenti* verbo utitur. Non est autem proprie testamentum id, quod non valet. Porro † in re dubia a significatione verbo- 11
rum recedi non oportet, *L.* 1. *§. in re de exercit. act. L. non aliter*, *de L.* 1. Et placuit edictum ad cuiusvis testamenti tabulas pertinere, sive iustum sit, sive non iustum, sive perfectum, sive imperfectum, *d. L.* 2. *§.* 1. Id quod dictum est ex sententia edicti. Nam propositum est prætori

tori in hac concessione inspiciendi describendique testamenti, ut cognosci possit, quid testamento scriptum sit, & qualis sit scriptura. Hoc enim non minus de iniusto & imperfecto testamento cognosci potest & debet, quam de iusto & perfecto. Cognita autem sententia scriptoris recedimus a significatione verborum propria & sententiam scrutamur, *d. L. non aliter, de L.* 1. Sic tamen, quodvis testamentum continetur verbis edicti, ut intelligatur testamentum mortui, non viventis. De viventis testamento nihil pollicetur prætor; & ideo si dicetur adhuc vivere testatorem, cognoscet prætor an ita sit, necne; & si liquebit eum vivere, nihil de testamento statuet, *L.* 2. *§. si*
32 *dubitet, D. h. t.* Et merito: nam † improbum est, sollicitum esse de hereditate viventis. *L.* 3. *§. interdum, de vulg.*

Iisdem verbis præter testamentum continentur codicilli ad testamentum pertinentes, idest, tabulæ secundæ, seu pupillares, seu substitutio pupillaris. Nam & hæc pars est paterni testamenti, ideoque, ut & hæc inspiciantur, describanturque, unusquisque desiderare potest ex hoc edicto, *L. pen. D. eod.* Sunt tamen hic quædam res, quæ excipiuntur. I. Excipit prætor diem & consulem testamento adscriptum. Utrumque & describi & inspici etiam prohibet, ne quid falsi fiat, *L.* 3. *§. diem, D. eod. L.* 3. *h. t.* Consulem dicit; quia erat in more Romanorum, annos notare consulibus; nam singulis annis novi creabantur consules. Itaque hodie intelligimus his verbis excipi diem & annum, qui testamento sit adscriptus. His enim temporibus cognitis facile aliud testamentum fieri potest, quasi eodem die & tempore scriptum, ut idem cum vero testamento esse dicatur. Excipit præterea ius eam partem testamenti, quam testator noluit aperiri, *d. L.* 1. *h. t.* & recte; nam quæcunque hic cauta sunt, eo computata sunt, ut, supremæ voluntates exitum habeant, *L. vel negare, D. h. t.* Proinde & in hac parte maxime voluntas testatoris est servanda, ne quid adversus voluntatem eius aperiatur, retineatur, cognoscatur. Intelligitur autem testator id negare, non tantum aperte, sed etiam in tabulis pupillaribus, cum eas separatim scribit & claudit. Itaque ob hanc caussam clausæ tabulæ pupillares non aperiuntur a magistratu, nisi caussa cognita, *L. pupillares, eod.* Caussa autem interdum exigit, ut etiam hæ aperiantur, ut si mulier ventris nomine (ni substitutio facta est) in possessionem missa sit. Ideo enim tum necesse est aperire tabulas pupillares, ut sciatur quis, quomodo curator detur bonis, *L. si mulier, D. eod.*

Tertio loco ius excipit eas partes testamenti, quæ ad ignominiam alicuius scriptæ intelliguntur, *d. L.* 3. *h. t.* Exempli gratia, si testator ita heredem instituat, *ille, qui nuper in hac urbe fustibus cæsus est, heres esto.* Hanc partem non permittit prætor aperiri & cognoscit prætor repugnantem ei, qui tabulas testamenti penes se habet: nam hæc pars ad ignominiam heredis est scripta. Et merito non permittit prætor hanc partem aperiri, quia desiderantis nihil interest. Quisquis vero ita scribitur, eius institutio nullius est momenti, idemque est, si quid sub eiusmodi signo aliove relinquatur, *L. quoties, §. si quis nomen, de hered. instit.* Initio autem dixi, non fieri potestatem describendi testamenti, nisi his, qui sua interesse dicant. An autem pars aliqua, ad cuius ignominiam scripta sit, ipse prætor cognoscet, & si ea lecta, deprehenderit talem esse; non permittet inspici, multoque minus describi. Hanc petitionem inspiciendi & describendi testamenti, non pollicetur prætor se facturum adversus omnem possessorem testamenti, sed adversus eum tantum, qui tabulas testamenti apud se esse non negavit; *L.* 2. *§. ult. D. h. t.* Quid ergo si quis dicatur tabulas testamenti apud se habere, & eo negante se habere, actor dicat se esse paratum id probare, an non poterit consequi, ut sibi tabulas inspicere describereve liceat? Imo poterit, sed id consequitur non hoc edicto, sed ordinaria via, nempe actione in factum de tabulis exhibendis, ut adiicitur in *dict. L.* 3. *in fin. D. eod.* Multum autem interest, utra via quis experiatur hoc edicto, an vero interdicto de tabulis exhibendis. Nam in interdicto de tabulis exhibendis, si quis neget tabulas testamenti apud se esse, iudicium instituitur, in quo de ea re cognoscitur. Si iudicio probatum erit, tabulas apud eum esse, cum quo agitur: iubebitur arbitrio iudicis exhibere eas, ac describendi & inspiciendi potestatem facere. Quod si reus arbitrio iudicis non paruerit, sequitur condemnatio, quanti ea res erit, idest, quanti actoris interesset tabulas exhiberi. Hic ordo est arbitrii & condemnationis in omnibus actionibus in rem & ad exhibendum. Regula iuris generalis est *L. qui restituere, de rei vind. L.* 3 *§.* 2. *de tabul. exhiben.* Quod si controversia erit, quanti intersit actoris, non exigentur ab eo probationes sed & iureiurando eius

æsti-

æſtimabitur, ut ſit in huiuſmodi actionibus, quæ ſunt in rem & ad exhibendum *L. in actionibus, de in lit. iur. L. qui reſtituere, de rei vindicat.*

At ex hoc edicto cum aliquis non negavit tabulas teſtamenti apud ſe eſſe, ſi neget ſe exhibiturum: actio adverſus eum non datur, ſed officio magiſtratus compellitur exhibere tanquam iudicatus. Nam confeſſio in iure pro iudicato habetur, *L. unic. infra, de confeſſ.* Hæc eſt illa compulſio, de qua in *dict. L. penult. D. hic.* Compellit autem magiſtratus remediis ſuis, ideſt, aut vi & manu, dum per apparitores auferet teſtamenti tabulas, ſi extabunt, ut fieri ſolet in his iudiciis, in quibus magiſtratus decretum ſuum exſequitur, argum. *dict. L. qui reſtituere, & L. 3. ne quis eum, qui in poſſ. miſſ.* aut mulctam dicet recuſanti poſſeſſori, & pignora capiet, ut his diſtractis mulcta exigatur. Et hæc remedia ſunt prætorum, ut dictum *L. 1. §. ex hoc, de vent. inſpic.*

Hæc omnia, quæ ſupra dixi de aperiendis & recitandis tabulis, aguntur in his locis, ubi teſtamenta ſcripta ſunt, niſi teſtator teſtamentum iuſſerit alio transferre, veluti ſi exiturus Roma, teſtamento facto iubeat teſtamentum in patriam ſuam perferri. Nam ex voluntate teſtatoris recte in patriam perferetur, nec alibi cogetur quis aperire, inſpiciendi poteſtatem facere; quo pertinet *lex 2.* ubi adiicitur teſtamentum in his locis, in quæ teſtamentum teſtator perferri voluit, aperiri ſecundum conſuetudines moreſve locorum, quod de eo dictum eſt, ne quis putet apud magiſtratum cenſus tantum aperiri poſſe ex præſcripto *L. teſtamenta, L. conſulta de teſtament. ſupr.* ſed ut ſciamus, apud quoſvis iudices eorum locorum teſtamentum recte aperiri iuxta formam *L. in his, ſupra de teſtament.* Hæc de teſtamentis aperiendis dicta ſunt, ſed quæ nihilominus etiam ad codicillos aperiendos pertinent, ut ſi clauſi ſint codicilli, & de his aperiendis agatur initio, ut fidem faciant, aperiantur ſecundum ordinem ſupra expoſitum, de quo cavetur in *L. ult. h. t.*

Digitized by Google

AD TITULUM XXXIII.

COD. DE EDICTO DIVI HADRIANI TOLLENDO, ET QUEMADMODUM SCRIPTUS HERES IN POSSESSIONEM MITTATUR.

Ad L. Cum inter. 1,

Impp. Severus & Antoninus AA. Lucillo.

Cum inter institutum & substitutum controversia moveatur; eum qui primo loco institutus est, induci in possessionem oportet. PP. XII. Kal. Decemb. Dextro & Prisco Coss.

Ad L. Quamvis. 2.

Imp. Alexander A. Eutacto,

Quamvis quis se filium defuncti præteritum esse alleget, aut falsum vel inofficiosum testamentum, seu alio vitio subiectum, vel servus defunctus esse dicatur: tamen scriptus heres in possessionem mitti solet. PP. VI. Kal. Novemb. Maximo II. & Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Petitio hereditatis, interdictum quorundam bonorum & missio in possessionem an adversus omnes competant.*
2. *Summa huius constitutionis & quibus hoc remedium comparatum sit.*
3. *Institutus heres quis dicatur.*
4. *An omnis scriptus heres in possessionem mittatur ex hac lege.*
5. *Substituti si cum institutis eodem testamento se mitti postulent in possessionem, an impetrare possint.*
6. *Fideicommissarius an huius constitutionis beneficio uti possit.*
7. *Scripti heredes, ut in possessionem mittantur, nullum in testamento vitium, & solemnibus iuris munitum esse oportet.*
8. *Solemnia testamenti quæ sint.*
9. *Depositio testium quid.*
10. *An ob omne vitium testamentum inutile fiat.*

HEreditate adita, de quo hucusque actum est, consequens est, ut ius heredem in rebus hereditariis tueatur. Etsi autem heres, posteaquam heres factus est, statim sine aliqua apprehensione dominus fiat omnium rerum hereditariarum, *L. cum hereditas, de acq. poss.* tamen nihil prodest dominum esse, nisi heres rebus hereditariis utatur, fruatur, quod facere non potest, nisi eas teneat, possideat. Consequens est igitur, ut & hæc possessio ei iure tribuatur. Ad hanc consequendam sunt hæ viæ tres iure constitutæ adversus eos, qui hereditarias res tenent, petitio hereditatis, interdictum quorum bonorum & missio in possessionem ex constit. de qua agitur hoc tit.

Petitio † hereditatis maxime & pleno iure hanc possessionem consequitur, sed non adversus omnes competit, & longa 1
via

via est. Interdictum quorum bonorum iudici brevius est, quoniam est possessorium, sed & hoc non competit adversus omnes rerum hereditariarum possessores, neque omnibus heredibus, & est etiam paulo longius, ut extremo loco dicetur in illorum remediorum comparatione. Brevis & expedita ratio est possessionis nanciscendæ constituta in hac missione in possessionem, de qua his constitutionibus agitur, sed ea est tantum constituta scriptis heredibus. Summa huius iuris comprehensa est constit. Iustin. *L. ult. h. t.* ad cuius interpretationem reliquæ duæ leges referri debent.

2 Summa † autem iuris est hæc: scriptus heres si apud competentem iudicem proferat testamentum, in quo scriptus est, quod careat omni vitio, quod sub sensum cadat; mittitur in possessionem rerum hereditariarum, omissa omni quæstione, an testamentum verum sit, an falsum, iure valeat, an non valeat; idque adversus omnes rerum hereditariarum possessores, qui quovis titulo quanvis singulari dicant se eas res possidere, præterquam si adversus eum agatur, qui itidem ad defensionem eiusdem iuris simili testamento, nec vitioso utatur, inter quos si inciderit controversia, res cognoscetur, & is vincet in possessione, qui potiore iure niti videbitur: estque hoc ius hic constitutum omnibus heredibus, intra quodcunque tempus desiderent, se in possessionem mitti, nisi præscriptione temporis submoveantur; qua submoverentur si hereditatem peterent.

Ut liqueat de hoc iure, partes eius nobis considerandæ sunt. Continetur autem hoc ius his locis; Quis ex dicta parte iuris mittatur in possessionem rerum hereditariarum, & qua conditione, in qualium rerum possessionem mittatur, adversus quos mittatur, per quem iudicem, intra quod tempus, & missionis huius quis sit effectus. I. Hoc remedium comparatum est tantum scriptis heredibus testamenti caussa, ut magis beneficium testamento videatur tributum. In *L.* 3. Iustinianus loquitur de instituto herede, sive sit ex asse heres institutus, sive ex parte. Institutus †

3 autem dicitur heres, non tantum, qui scribitur testamento, sed etiam, qui sine scriptura nuncupatur, *L.* 1. *§.* 5. *de hered. instit.* Unde quis existimet, hoc beneficium propositum esse non tantum scriptis heredibus, sed etiam nuncupatis; sed verba quæ sequuntur in *L.* 3. restringunt id, quod prius generalius scriptum erat. Nam dicitur mitti in possessionem heres institutus hac conditione subiecta; si testamentum scriptum proferat, quæ conditio non potest, nisi ad scriptos heredes pertinere. Itaque sententia hæc rata erit, non esse propositum beneficium huius legis, nisi scripto heredi. Hinc versio huius legis de scripto herede tantum concepta est. Hinc illa verba *L.* 2. *heres scriptus in possessionem mitti solet*. Ex quo intelligitur legitimos heredes eodem modo non in possessionem rerum hereditariarum mitti. Merito, quia nullam eiusmodi probationem proferre potest in præsentia, qualem scriptus heres: probare quidem potest testatorem intestatum decessisse, & se cognatum esse proximum defuncti, & testibus & instrumentis, sed earum rerum fides sub sensum non cadit, & statim non potest expediri. At testamentum, quod sine ullo vitio profertur, sub sensum cadit, & statim ostendit se, quale sit.

Idem dicemus de nuncupatis heredibus, qui se mitti postulant in possessionem rerum hereditariarum, hos nimirum ex hac parte iuris mittendos non esse; quoniam nullam talem probationem statim proferre possint, qualem hic exigimus. Non deest tamen his omnibus heredibus aliud remedium, quo possessionem nanciscantur, interdictum quorum bonorum; sed ita hoc interdum utuntur, si bonorum possessionem apud magistratum agnoverint. Sed an omnis scriptus † heres in possessionem 4
mittitur ex parte hac? Verba legis generalia sunt, & ad omnem scriptum heredem pertinentia. Hinc dubitatio *L.* 1. *supr. h. t.* Si forte eodem testamento † 5
quidam sint instituti heredes, quidam substituti, & substituti postulent, se mitti in possessionem cum instituto, an impetrare debeant? Verba facere videntur, quod debeant. Rescriptum est *in d. L.* 1. Solos institutos in possessionem mitti debere, idque efficitur & verbis & sententia. Nam substitutus est quidem institutus & heres *L. mulier*, *§. ult. de condit. instit.* Sed substitutus instituitur sub conditione, si heres institutus heres non erit, *L.* 1. *de vulg.* Instituto hereditatem adeunte conditio substitutionis deficit. Proinde eo res deducitur, ut substitutus nec substitutus videatur.

Idem de substituto dicemus, etsi is se mitti postulet in possessionem bonorum adversus quosvis alios rerum hereditariarum possessores. Nam etsi nondum certum est institutum hereditatem adiisse; tamen quandiu hereditas ab eo adiri potest, tandiu substituto non defertur, *L. quamdiu, de acquir. hered.* Revera is non est heres, cui hereditas non defertur.

6 Quid † si fideicommissarius beneficio huius constitutionis uti velit? Finge testamento aliquem institutum heredem, rogatum esse ut Lucio Titio restituat hereditatem, hereditatem heredem adiisse, & restituisse fideicommissario Titio: quod fit, si vel aliquam rem hereditariam ei restituerit eo modo, ut tota hereditas restituta haberetur, *L. restituta, D. ad Trebell.* Quæritur, an de cæteris rebus hereditariis, quæ illi restitutæ non sunt, agere possit ex hac parte iuris, & desiderare, ut mittatur in rerum earum hereditariarum possessionem? Movet quæstionem quod, fideicommissarius heres est. Dicendum est, & ad fideicommissarium hoc beneficium pertinere; nam heredis loco habetur, restituta hereditate, cum in eum transeunt omnes actiones heredum & adversus eum, *L. 1. D. ad Treb. §. sed quia, Inst. de fideicom. her.*

7 Hæc missio proposita est † scriptis heredibus, hac conditione, si testamentum proferatur, quod in scriptura nullum vitium omnino ostendat, & quod solemnibus iuris omnino munitum, fit, ut est *in pr. L. 3. vers. sancimus.* In scriptura exigitur, ut nihil sit cancellatum, id est, nihil deletum in scriptis, inductis lituris. Item ut nihil sit abolitum, id est, vetustate ita deletum, ut legi non possit. Item nulla formæ suæ parte vitiatum. Formam intelligimus id, sine quo testamentum iure civili non consistit: est enim forma, quæ facit, ut res sit, *L. si is, qui, 400. §. ult. D. ad L. Falc.* Hæ autem res in scriptura testamenti sunt dies & annus, ut more usuque Romanorum dies & consules, & quæ reliqua desiderantur in testamentis. Item, heredum institutiones, *§. ante heredis, Inst. de legat.* Ex quibus intelligimus, si aut totum testamentum abolitum non sit, deletumve, aut non sit vitiatum in his, quæ formam & substantiam scripturæ ac testamenti continent; tametsi aliud quid deletum sit in aliis partibus; tamen id scripto heredi non nocere, quo minus in possessionem rerum hereditariarum mittatur.

Et hoc ita est, si nihil adiiceretur amplius in constitutione Iustiniani. Sed adiicitur id, quod omnem dubitationem eximit, cum in scriptura desideratur, ut testamentum prima facie sine ullo vitio appareat. Quibus verbis aperte removetur heres a possessione, si vel minimum vitium in scriptura testamenti appareat. Quid ergo? dicemus testamentum non valere, aut fidem non facere, si quid in eo deletum sit? Valet nihilominus testamentum, sive quid consulto deletum sit, sive non deletum sit consulto, ut constat ex *L. 1. de his quæ in test. delent. L. si neque, sup. de testam.* sed hoc tunc locum habet, cum adversus testamentum nihil obiicitur. Quod si quid obiicietur, id testamentum heredi non proderit ad impetrandam missionem in possessionem, priusquam de vitio aliquo testamenti cognitum sit, quasi cœperit esse suspectum ob id, quod in scriptura aliquid deletum, aut corruptum est. Cæterum cum adversus testamentum nihil aliud obiicitur, probandum est propter ea, quæ delentur, aut inducuntur in partibus testamenti, quæ ad substantiam testamenti non pertinent, non eo minus scripturam fidem facere, quod confirmatur in *cap. ex literis, de fid. instrumen.* Hæc de scriptura testamenti.

In solemnibus præterea exigitur, ut suis solemnibus testamentum munitum sit, quod significatur illis verbis *L. 3. & depositionibus testium legitimo modo vallatum sit*, Solemnia † testamenti constant his rebus, 8 iusto numero testium, & eorundem subscriptione & obsignatione. *§. sed cum paulatim, Inst. de testam. ord. L. hac consultissima, supr. de testam.* Numerus testium hic expressus est. Depositionem autem testium, quæ hic appellatur a Iustiniano, recte intelligemus subscriptionem & signationem testium, quæ a testibus in testamento deponuntur, idest, in testamentum conferuntur. Depositio † testium ex usu 9 recentiorum Imperatorum dicuntur testificationes, seu ea, quæ testes testimonia dicunt, *in exercendis, supr. de fid. instrum. L. si quis testibus.* Sed difficile est, ut eam significationem hoc loco admittamus. Nam in testamentis conficiendis non munitur testamentum testimonio testium, sed testium præsentia audientium testamentum testatoris, & deinde subscriptione & subsignatione, *d. L. hac consultissima, supr. de testamen.* Deinde si viginti annis, aut amplius post conditum testamentum, illud ab herede scripto proferatur: difficile est, ut eo tempore omnes testes vivant, qui agnoscant suas subscriptiones & sua sigilla. Proinde, quod loco conveniat, melius est, si depositionem testium hic interpretemur, ut supra fecimus, nempe ea, quæ testes in testamenta conferunt: ea autem sunt subscriptio & obsignatio. Si quis tamen depositionem testium hic interpretetur testificationes testium, qui vocati sunt, ut agnoscerent sigilla sua, non erraverit: Nam etsi id in *L. 3. infr.* prætermittatur; tamen intelligendum est ex his, quæ superiori titulo posuimus, testamen-

mentum, ut fidem faciat, non recte aperiri, nisi præsentibus testibus & signatoribus, sigilla sua agnoscentibus. Neque eo minus desideramus solemnia testium, ut scriptus heres secundum testamenti scripturam mittatur in possessionem. Nam solemnium exactio satis continetur illis verbis *L.* 3. cum desideratur, ut testamentum nulla formæ suæ parte sit vitiatum. Nam solemnia testamenti ad formam & substantiam testamenti referenda sunt.

10 Ex his, † quæ de vitiis testamenti hic caventur, apparet, testamentum inutile fieri non ob vitium quodvis, sed tantum ob vitium, quod ex inspectione testamenti seipsum ostendat, quod vulgo dicunt vitium *visibile:* Ex quo satis colligitur, si quod vitium obiiciatur adversus testamentum, quod ex inspectione testamenti, non appareat, qualecunque id sit, heredi non obstare, quo minus heres mittatur in possessionem rerum hereditariarum, si modo proferat testamentum tale, quale supra exigimus. Hæc pars etsi satis colligatur ex dicta *L.* 3. *infr. h. t.* tamen aperte confirmatur in *L.* 2. *h. t.* ideoque ad hanc partem ea L. referenda est. Vitium, quod sub sensum non cadit, in testamentis duplex est, aut enim testamentum falsum est, aut iure non valet: idque præter omissionem solemnium testamenti contingit, aut ex persona testantis, aut ex omissione eorum, quæ in testamento iure caveri oportuit. Ex persona, si is testamentum fecerit, qui ius testandi non habet, veluti si servus fuerit, si filiusfamilias, si prodigus, si furiosus, Tit. *instit. quibus non est permiss. facere testament.* Ex omissione eorum qui in potestate sunt, præteritio, *L. inter, D. de liber. & postum.* eorundemque exheredatio contra officium parentis facta, & uno verbo exheredatio inofficiosa, *Authent. non licet, & Authen ex caussa, supr. de liber. præter.* Hinc dicimus, si heres scriptus postulet se mitti in possessionem rerum hereditariarum adversus filium defuncti, mittendum esse nihilominus in possessionem prolato integro testamento, quamvis filius aliquid eorum, quæ supra dixi, adversus testamentum dicat, puta falsum esse, se præteritum esse testamento inofficioso, testatorem servum fuisse, aut in aliqua conditione extitisse, propter quam testamentum facere non potuerit.

Atqui hæc certissima vitia sunt testamenti, non minus, quam omissio solemnium, aut cancellatio, aut alicuius partis testamenti obliteratio: cur igitur hæc eadem vitia heredem non submovent? Quoniam ex inspectione testamenti non apparent: neque ideo fit iniuria filio, aut alii possessori. Nam is si est vere heres, testamento irrito constituto, hereditatem petere potest ab herede scripto, & statim vincet, si quid eorum, quæ supra obiiciebantur, probaverit; sed hæc non nisi directo iudicio, in quo plena sit cognitio, sequuntur, *L.* 3. *§. ibidem, D. ad exhib.* Quod tamen in *d. L. h. t.* dicitur de suprascriptis vitiis, quæ ex inspectione testamenti statim non apparent, duas exceptiones habet. Prima est, quam omnes interpretes dicto loco vulgo recte agnoscunt, si is, qui hæc vitia obiicit adversus testamentum, se paratum esse dicat eodem die vitium probare, idest, statim & sine dilatione. Nam hæc exceptio ab omnibus reis admittitur, etiam in caussis maxime summariis & momentariis, *L.* 3. *in pr. D. ut in posses. bonor.* Huiusmodi probatio semper adferri potest, si possessor dicat testatorem fuisse prodigum, & ad manum habeat acta magistratus, quibus ipsi bonis interdictum est.

Altera exceptio est in eo, quod dicitur de filio, qui se testamento præteritum esse dicit. Quod enim cavetur in *d. L.* 2. nihilominus heredem scriptum adversus filium, qui se præteritum dicit, mitti in possessionem, sic interpretandum est; si heres scriptus neget adversarium esse filium defuncti. Nam hæc quæstio, an sit filius, altiorem indagationem desiderat, de qua ex inspectione testamenti constare nihil potest. Sed si heres scriptus fatebitur eum filium esse, puto heredem non esse admittendum, idque duabus, de caussis. I. Quia herede hoc confitente præteritio filii incipit esse vitium, quod ex inspectione testamenti statim appareat: nam lecto testamento statim apparere potest, filium neque heredem institutum esse, neque exheredatum: is autem præteritus intelligitur, qui neque institutus, neque exheredatus est, *Inst. de her. inst.* Proinde testamentum pertinere incipit ad constitutionem Iustiniani, ut dicatur testamentum non apparere prima facie sine ullo vitio, idem dicendum est, si is, quem constat esse filium defuncti, dicat, testamentum esse inofficiosum, quoniam immerito sit exheredatus: nam constare potest ex verbis testamenti statim, num sit exheredatus caussa non adscripta, & si adscripta est, num sit una ex quatuordecim, quæ commemorantur in *Auth. ex caussa, supr. de liber. præter.* Quod si caussa exheredationis adscripta erit, & erit caussa legitima, hic locum habebit, quod dicitur in *L.* 2. *h. t.* non nocere here-

heredi scripto, quominus mittatur in possessionem quamvis filius dicat testamentum esse inofficiosum. Altera ratio est, cur, ubi constat eum, qui se filium dicit, eundemque esse præteritum, aut non iuste exheredatum, non debeat scriptus heres adversus eum mitti in possessionem rerum; quoniam hoc modo heres dolo facit, petens eam possessionem, quam statim & certo restituturus est. Ac proinde exceptione doli mali merito a filio sobmoveri potest, *L. dolo, D. de doli mali except.* Nec ad rem pertinet, quod hoc iudicium possessorium est & summarium, in quo hæc exceptio obiicitur scripto heredi: nam generaliter tenendum est, etiam in iudiciis maxime summariis & præparatoriis exceptiones omnes æstimari, & removere agentem, si ita evidentes sunt, ut aperte agentem removeant, *d. L. 3. §. ibidem, D. ad exhib.* Talis est autem hæc, cum dicitur, quod scriptus heres, qui fatetur filium esse præteritum, aut immerito exheredatum, petat se mitti in possessionem adversus eum, quem constat iure certo testamento irrito constituto heredem esse, *Auth. ex caussa, supr. de lib. præter.*

Ad L. Edicto. 3.

Imp. Iustinianus A. Iuliano *præfecto prætorio.*

Edicto divi Hadriani, quod sub occasione vicesimæ partis hereditatis introductum est, cum multis ambagibus, & difficultatibus, & indiscretis narrationibus penitus quiescente, quia & vicesima hereditatis ex nostra recessit republica: antiquatis nihilominus & aliis omnibus, quæ circa repletionem vel interpretationem eiusdem edicti promulgata sunt: sancimus, ut si quis ex asse vel ex parte institutus, competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suæ formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, & depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit: mittatur quidem in possessionem earum rerum quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, & eam testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exiterit: tunc in iudicio competenti, caussæ in possessionem missionis, & subsecutæ contradictionis ventilentur: & ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit: sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit, nullis angustiis temporum huiusmodi missione coartanda: sed sive tardius, sive præmature aliquis missus est: legis tantummodo arbitrium requiratur & caussa, unde vel missio vel contradictio exoritur. Sive enim post annale tempus, sive post maioris ævi curricula aliquis fuerit missus, si tamen ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis obstaculum obiiciatur: nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessori plenissime securitatem super dominio præstare, vel ipsi qui missus est, omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte, vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrerit manifestissimum est non solum missionem, sed etiam ipsam principalem caussam esse sopitam. Dat. XII. Kal. April. Constantinop. post Consulat. Lampadii & Orestis. VV. CC.

SUMMARIA.

1. ***Ob vitium testamenti, quod ex inspectione eius apparet, heres a possessione submovetur.***
2. ***In quarum rerum possessionem mittatur heres ex hac parte iuris.***
3. ***Quid iuris, si res, de quibus agitur, sint vere hereditariæ, sed possessor tales esse neget.***
4. ***An in possessionem omnium rerum hereditariarum mittatur heres non tan-***

tantum si sunt res soli, seu immobiles, sed etiam si sint mobiles.
5. *Adversus quos missio in possessionem constituta sit.*
6. Pro herede *quis possidere dicatur.*
7. Pro possessore *quis.*
8. *Adversus quos heres in rerum possessionem non mittatur.*
9. *Quoties ex duobus aliquid defertur uni vel lege, vel testamento, neque intelligitur utri deferatur, neuter admittitur.*
10. *Intra quod tempus heres desiderare possit se mitti in possessionem rerum.*
11. *Per quem iudicem, seu a quo heres consequi possit missionem in possessionem.*
12. *Heres quomodo mittendus sit in possessionem.*
13. *Missionis in possessionem rerum effectus.*
14. *Petitio hereditatis & missio in possessionem quid differant.*
15. *Missionis remedium quid differat ab interdicto quorum bonorum.*

1 SUmma hæc est: ob † vitium testamenti, quod ex inspectione testamenti statim apparet, heredem a possessione submoveri; quod non apparet, non submoveri, nisi adversarius offerat præsentem probationem. Secundo loco videndum est, in
2 quarum rerum † possessionem mittatur heres ex hac parte iuris. Et expressum est in *dict. L. 3. h. t.* mitti eum in possessionem earum rerum, quæ testatoris tempore mortis fuerunt, quibus verbis duo exiguntur. Primum, ut res testatoris fuerint. His verbis intelligimus non tantum eas, quæ in dominio testatoris fuerint, sed etiam, quæ in possessione eius fuerint, sive in bonis eius fuerint, sive periculum earum ad eum pertinuerit: utputa, mittetur heres etiam in possessionem vectigalium prædiorum, ædium, quæ testatoris fuerant: item, in possessionem rerum ab eo bona fide possessarum, item rerum illi pignori obligatarum, & eo nomine possessarum, quoniam hæ omnes sunt in bonis, *L. bonorum, de verb. signific.* Hoc amplius, etsi res testatori commodatæ, aut apud eum depositæ fuerunt, consequetur heres hac parte, ut mittatur in earum possessionem; nam & hæ ad periculum testatoris pertinuerunt.

Hæc ex eo dicimus: primo, quod omnes hæ res ad ius & possessionem defuncti pertinuerunt. Est autem æquius eas res ad heredem defuncti pertinere, quam ad alios detentores, qui nihil iuris habeant. Deinde, quia constat supraseriptas omnes venire in possessionem hereditatis, idest, hereditatem petenti has res omnes restitui debere, *L. & non tantum D. de petit. hered.*

Porro facilius ex hac parte iuris consequi debet heres rerum hereditariarum possessionem, quam petitione hereditatis, quoniam hæc pars iuris habet beneficium momentaneum, nempe possessionem & detentionem nudam, quæ possessio in iudicio directo non præiudicat. Postremo etsi præfacte retineremus verba Iustiniani, ut heres mitti deberet in possessionem rerum, quæ plane testatoris fuerunt; tamen hoc consequeretur heres, si solum doceret eas res a testatore possessas fuisse. Nam adversarius, qui diceret eum dominum fuisse, id probare deberet & maneret in suo loco possessor, *L. 2. supr. de probat.*

Alterum exigitur, ut res fuerint testatoris tempore mortis eius. Quid ergo si mortuo testatore iacente adhuc hereditate res aliquæ quæsitæ sint, puta per servos hereditarios: item, alluvione aliquid accreverit fundo hereditario; aut ususfructus earum, qui alienus erat, finitus est, & ita cum proprietate coniunctus: item, si fructus rerum hereditariarum ab aliquo percepti & collecti sunt: namque hæc omnia acquiruntur hereditati, fiuntque hereditaria *L. hereditas in multis, de acquir. rer. domin.*

Responsio etiam hæc superioribus verbis continetur, mitteturque heres ex hac parte in earum rerum possessionem: hoc ipso videntur hæ res defuncti, quod sunt hereditatis adhuc iacentis. Nam hereditas non adita defuncti personam sustinet, *L. hereditas, de acquir. rerum domin.* Ita in summa efficitur heredem ex hac parte mitti in possessionem rerum hereditariarum, seu defuncti vere fuerint, cum viveret, seu postea hereditariæ esse cœperint. Quod si res neque defuncti fuerint, neque hereditati sint postea quæsitæ, non mittetur heres in earum rerum possessionem: & merito, quia nihil ad heredem pertinere potest, nisi quod sit hereditatis: nihil autem hereditatis est, nisi quod defunctus habuit, & est definitio hereditatis *L. hereditas, de reg. iur. L. nihil aliud, de verb. signific.* non habuit autem defunctus, nisi tunc habuit, cum defunctus est, idque apertius exprimitur in definitione bonorum possessionis, *L. 3. §. bono-*

§. bonorum igitur, de bonorum possess.

3 Quid † si res, de quarum possessione agitur, sint vere hereditariæ, sed possessor hereditarias esse neget, & de eo sit controversia? Respon. Heres debebit probare esse hereditarias, quoniam non ex hac parte aliter ad rerum possessionem admittitur, quam si res defuncti fuerint. Proinde ad fundandam petitionem hereditatis, necesse habet intendere res hereditarias esse, quæ a Lucio Titio possidentur, in quarum possessionem ob id se mitti postulat. Id cum intendat, probare debet, secundum regulam Iuris, & eo non probante reus absolvendus est, *L. 3. D. de probat. L. qui accusare, supr. de eden.*

4 Sed an † in possessionem omnium rerum hereditariarum mittetur heres, non tantum, si sunt res soli, seu immobiles, sed etiam si sint mobiles. Movet dubitationem, quod proprie dicuntur illi mitti in possessionem, qui ire iubentur in possessionem; imus autem in res immobiles quemadmodum & de his solis deiicimur, res autem mobiles manu capimus. Sed usus iuris hic est, ut in verbis legis qui mittitur in possessionem, intelligatur mitti in possessionem rerum omnium, etiam incorporalium, ut declaratur *L. 5. §. qui in possess. & §. sequen. D. ut in possess. legat. vel fideicom. serv. caussa esse liceat.*

5 Tertius locus est, † adversus quos sit hæc missio in possessionem constituta; & constituta est hæc missio adversus possessores rerum, ut significatur illis verbis *L. 3. non autem legitimo modo ab alio detinentur*. Quod si has res nemo possideat, an etiam ex hac parte postulari debet a competente iudice missio in possessionem? Et quod vulgo existimant peti posse & debere, hoc est ineptissimum. Nam non ob aliam caussam iudex adeundus est, cuius auctoritate possessionem rei occupemus; quam ne vim faciamus, & vi facta possessionem rei amittamus, *L. exstat, D. quod metus caussa, L. si quis in tantam. inf. unde vi.* At heres, qui res hereditarias a nullo possessas auctoritate sua occupat, iure occupat & nulli vim facit, nec ad superiores constitutiones pertinet, quæ vim facienti constituunt pœnam. Proinde in his rebus non est necesse adire magistratum; sed recte res a nullo possessas, ut suas & hereditarias occupabit sine ullo iudice. Quinimo huius rei caussa adire iudicem & impetrare ab eo potestatem earum possidendarum, inutile est & ridiculum; quia hæ res heredi non magis prosunt, quam si a iudice impetrasset. Quisquis vero possessor earum rerum, aut qui se dominum dicet, eas res repetet ab eo herede qui eas occupavit, non oberit repetenti ulla exceptio rei iudicatæ. Primo, quia res ante non est iudicata, cum nulla fuerit condemnatio, aut absolutio, *L. 1. de re iudic.* Secundo, quia non est iudicata adversus eum, qui nunc agit. Ei autem, adversus quem res iudicata non est, res iudicata non nocet, *L. sæpe, de re iudic.* Possideri igitur res hereditarias oportet, ut adversus possessorem petat heres se mitti in possessionem earum rerum, si petitione & missione aliquid agere volumus.

Mittetur autem heres adversus omnes possessores rerum, quæ defuncti fuerint tempore mortis eius, aut postea hereditariæ esse cœperint, quocunque tandem titulo eas res possideant. Id colligimus ex illis verbis dictæ *L. 3. Non autem legitimo modo ab aliis detinentur &c.* Nam in illis verbis & præcedentibus, illas res, quæ fuerunt testatoris tempore mortis, opponit his rebus, quæ ab alio detinentur legitimo modo, nempe per adversativam, *autem:* ex quo colligitur eas res, quæ testatoris fuerunt tempore mortis, non legitimo modo detineri, a quocunque tandem detineantur; si modo constet defuncti fuisse, & post mortem eius detineri cœpisse, idque non immerito constituitur. Nam qui res, quæ defuncti fuerunt tempore mortis eius, postea detinere cœpit, necesse est, aut eas res pro herede possideat, aut pro possessore, aut singulari aliquo titulo, veluti pro emptore, pro donato, pro legato. Pro herede titulus non est iustus: nam is † pro herede dicitur possidere, qui non est heres, sed se putat heredem, aut se dicit esse, *L. pro herede, D. de petition. hered.* Et titulum non esse, diserte scriptum est in *L. diutina, inf. de præs. longi temporis.* Pro 6
possessore multo minus titulus est. Nam † 7
pro possessore possidet prædo, idest, qui nullam aliam caussam suæ possessionis reddit, quam quod possidet, *d. L. pro herede, §. ult. & §. seq. de petit. hered.*

Singulares autem tituli, pro emptore, pro donato, &c. etsi sint iusti; tamen si post mortem defuncti nati sunt, incipiunt fieri iniusti. Nam is, qui rem se emisse dicit, pro se rem occupavit sine emptione, & mentitur. Quod si vero ab alio emit; tamen auctor eius eam sine ullo titulo occupavit, quoniam hereditariam & defuncti rem fuisse posuimus, quam nemo sua auctoritate possidere potest, nisi pro herede, aut possessore, qui non sunt iusti tituli, ut dixi. Hæc autem vitia etiam

suc-

succesori in hac possessionis missione nocebunt.

Solum igitur relinquitur possessori ad defensionem, ut dicat, se eas res, quas possidet, etiam vivo testatore possedisse & habuisse, neque esse hereditarias; quod cum fit, iam diximus, heredis esse probare eas hereditarias esse: quod non difficile probabit, sive doceat, eas fuisse in possessione defuncti, cum moreretur, seu doceat, eas a defuncto aliquando possessas fuisse. Nam possessione præcedente probata, ex eo existimatur in futurum quoque defunctus possedisse, nisi adversarius probet, eum transtulisse in alium possessorem, *L. si emancipati, supr. de probat.* Id autem si adversarius probare paratus fit, quod dicat io se possessionem translatam esse ex iusta caussa, audiendus est, & heredem submovebit ex iisdem verbis *d. L. 3.* Quia scilicet tunc legitimo modo detinet.

Ex possessoribus tamen, qui res, quæ defuncti fuerunt, detinent, duo genera
8 hic excipiuntur, adversus † quos heres
non mittitur in possessionem rerum. Primum genus est eorum, qui post mortem defuncti rem ita possidere cœperunt, ut etiam possessione temporis præscriptionem sibi acquirerent, de quibus dicitur in *vers. penult. & ult. dict. L. 3.* & nos paulo post dicemus plura suo ordine. Secundum genus est eorum possessorum, qui itidem pro se proferunt testamentum non vitiatum, quo & ipsi scripti sint heredes. De hoc genere contradictorum agitur in dicta *L. 3. in §. sui autem.* Loquitur quidem constitutio generaliter de contradictore, nec exprimit, quem contradictorem intelligat, sed id ex sequentibus verbis intelligi potest, cum dicit: *Inter heredem & hunc contradictorem, de quo loquitur, eum acquirere possessionem, qui potiora iura & legitimos modos ostendat.* Legitimi modi acquirendæ, vel retinendæ possessionis in hac parte, de qua nunc agitur, sunt testamentum proferre, & proferre nulla sui parte vitiatum. Deinde hæc verba pertinent ad duos, qui eadem iura ostendunt, in quibus tamen aliud sit alio potius. Quisquis contradictor ostendet aliud testamentum integrum, quo sit scriptus heres; adversarius qui desiderat se mitti in bonorum possessionem, prolato alio testamento eiusdem generis, non mittetur in possessionem.

Quid ergo an in totum submovebitur? Minime, sed adiicit Iustinianus in dicta *L. 3. §. Sin autem* controversia inter istos orta, examinari debere caussas in possessionem missionis & contradictionis. Caussa, cur quis in possessionem mitti debeat, ex hac parte est ea, quam iam diximus, si proferat testamentum & proferat non vitiatum. Eademque caussa contradictionis est, ut quis possessionem rerum hereditariarum retineat. His caussis cognitis, idest, cognitis testamentis iis, quæ ab utraque parte proferuntur, is possessionem acquiret, qui potiora iura ostendet, ut sunt verba constitutionis. Sed quæro, cum ab utraque parte proferatur testamentum, nulla sui parte vitiatum, quomodo dici possit, unum esse altero potius?

Respond. Id ita contiget, si ea, quæ in uno scripta sunt, magis conveniant personis, locis, temporibus, & testes integriores & honestiores habent. Exempli caussa in uno testamento heres scriptus est, sed ignotus, aut extraneus scriptus est; aut ea manu, quæ non satis agnoscitur, scriptum est testamentum; eo tempore, quo vehementer testator laborare dicebatur, adhibiti sunt testes, sed ignoti, aut non sunt exploratæ fidei. In altero autem heres institutus proponitur amicus, vel cognatus defuncti; testes, qui subscripserunt, noti, & integræ fidei. Hoc posterius testamentum vincet, argum. *L. ob carmen. §. ult. D. de testib.*

Quid si in utroque testamento omnia paria conveniant? Respondeo: Neuter mittitur in possessionem, idque certissima ratione defenditur. Aut enim necesse est, utrumque mitti, aut alterum duntaxat, aut neutrum. Uterque mitti nequit, natura possessionis repugnante, quoniam duo in solidum possidere non possunt, *L. 3. §. ex contrario, de acquir. poss.* Unum tantum in possessionem mitti non decet; quoniam is non plus iuris habere proponitur, quam alter.

Restat igitur, ut neuter admitti debeat;
& est generaliter probandum, quoties † 9
ex duobus aliquid defertur uni vel lege, vel testamento, neque intelligitur utri deferatur, neuter admittitur. Ut puta, Titius testamento tutor datus est, duo sunt Titii, neque intelligitur de utro senserit testator, placet neutrum tutorem fore, *L. 2. D. de testamen. tut.* Item, Titio quid legatum est, duo sunt Titii, neque intelligitur, de quo senserit testator. Item legavit testator ei, qui prior montem ascenderit duo pariter ascenderunt, neutri debetur legatum, *L. si fuerit, de rebus dubiis.*

Quarto † loco videndum est, intra quod 10
tempus desiderare possit heres se mitti in possessionem ex hac parte iuris. Iustinia-

Digitized by Google

nus cavit in dicta *L. 3. fin autem*, perpetuo id desiderari posse, non autem intra annum duntaxat. In qua parte edictum Divi Adriani, quod de hac parte erat constitutum, antiquavit Iustinianus.

Verisimile est enim eo edicto cautum fuisse, ne post annum admitteretur heres scriptus ad possessionem rerum hereditariarum, nisi vicesimam partem hereditatis fisco solvisset. Iustinianus & post annum hanc missionem desiderari posse constituit, & voluit ius vetus de vicesima hereditatis sublatum, etiam in hac parte manere, unde inscriptio Tituli *de edicto Divi Adriani tollendo*, & quæ sequuntur. Id colligi potest ex initio dictæ *L. 3. hic*, colligitur ex eo, quod Iustinianus annale tempus in *versic. penult.* commemorat. Sed quando hoc edictum fuerit, ad rem nihil pertinet; satis est intelligi, quid de hoc tempore constituat Iustinianus. Sed hic est ea exceptio constituta, ut heres desiderare possit perpetuo, se mitti in possessionem bonorum adversus possessores; nisi tamen tempus præterierit, quo aut possessori res usucapta sit, aut sine dominio possit præscriptione temporis actorem submovere. Ergo si possessor post mortem defuncti cœpit rem hereditariam possidere ex iusta caussa & bona fide, rem mobilem usucepit triennio, immobilem decem annis inter præsentes, viginti annis inter absentes, *L. unica, in fin. infra, de usucap. transform. L. ult. infra, de præscript. longi temporis*. Hoc tempus si præteriit, & ita possessor tutus est, non mittetur heres in possessionem rerum ita usucaptarum. Quo casu dicitur ab utraque parte longinquitas temporis occurrere heredi, *d. L. 3. in fin.* occurrere, idest, submovere heredem. Nam a parte possessoris actor submovetur propter diligentem possessionem possessoris, cui lex favet, cum vult dominia rerum in incerto non esse, *L. 1. de usucap.* A parte item actoris hæc usucapio eum submovebit, propter actoris negligentiam, qui rem negligendo videtur alienare voluisse, *L. alienationis, de verb. signific.*

Sine usucapione autem rei præscriptio temporis intentionem heredis submovet, si possessor qualis qualis rem de qua agitur, triginta annis posséderit, *L. sicut, infr. de præscription. 30. vel 40. an.* Quo casu in *d. L. 3. in fin.* dicitur longinquitas temporis occurrere heredi ab una parte, nempe a parte ipsius heredis, propter eius negligentiam tam diuturnam, non etiam a parte possessoris, qui hanc prescriptionem habet, etiamsi fuerit malæ fidei possessor. Ideo autem submovetur heres a possessione, quia etiam his modis caussa principalis sopitur, ut est in fine *L. 3.* ubi principalis caussa intelligitur petitio heredis, in qua de iure hereditatis quæritur. Hæc submovetur usucaptis rebus hereditariis; quoniam petitio hereditatis non competit adversus eos, qui iusto titulo singulari possident, *L. hereditatis, in fin. supr. de petition. heredit.* & præterea rebus non usucaptis submovebitur præscriptione triginta vel quadraginta annorum, ut diximus.

Quinto loco videndum est, per † quem 11 iudicem, seu a quo heres consequi debeat missionem in possessionem. Et constitutio Iustiniani in *d. L. 3. vers. sancimus*, exigit iudicem competentem. Competens iudex in hac caussa est, qui & pro potestate sua potest in possessionem mittere, & cuius territorio subiectæ sunt res, de quarum possessione agitur. Solus potest in possessionem mittere, qui non iurisdictionem tantum, sed Imperium habet sine iurisdictione; hæc enim res dicitur esse magis imperii, quam iurisdictionis, *L. iubere, de iurisdict.* In hac autem caussa est magistratus populi Romani, seu magistratus a principe constitutus, non autem municipalis, idest, magistratus a civitate constitutus. Proinde magistratus municipalis frustra aditur huius missionis impetrandæ caussa, *L. ea, quæ ad municipal.* Non est satis magistratum posse pro iurisdictione sua in possessionem mittere, sed oportet etiam res, de quarum possessione agitur, esse in eius territorio; quoniam ibi quisque mittendus in possessionem, ubi res sunt sitæ, & caussæ missionis ibidem transigendæ, *L. 1. supr. ubi de hered. agatur, L. cum unus, §. is qui, D. de reb. auctor. iud. poss.*

Sexto loco docet constitutio, † quomo- 12 do heres mittendus sit in possessionem, & ait, id fieri sub testificatione publicarum personarum, *d. L. 3. versic. sancimus, in fin.* His verbis intelligitur, heredem iussum a iudice ire in possessionem, non occupaturum sua auctoritate possessionem vi deiectis possessoribus, sed induci in possessionem per apparitores magistratus, aut eas personas, quæ sunt in officio magistratus, per quas magistratus suum exsequitur decretum, ut sunt iudices, qui dicuntur commissarii, ut sunt scribæ, graphiarii, quorum opera utitur interdum magistratus; nam per istos magistratus sententiam exsequitur, *L. si pign. de evict.*

Sequitur effectus huius † missionis. Est 13 autem hic. Consequitur ex hac parte heres

Digitized by Google

res possessionem rerum hereditariarum. Diligenter hic videndum est, quid verbo hoc, *hereditariarum*, contineatur. Et animadvertendum est, quod non continetur id solum, quod continetur, cum ex aliis partibus iuris quis in possessionem rerum mittitur, ut cum mittitur legatarius in possessionem legatorum hereditariorum servandorum caussa; cum mittitur creditor in possessionem bonorum debitoris, rei servandæ caussa; & cum missio fit ex similibus caussis, de quo comprehensum est *L. quib. ex caussis in possess. eatur.* Nam in his omnibus nihil amplius consequitur is, qui mittitur in possessionem, quam custodiam & observationem rerum, vetere domino nihilominus in possessione manente, *L. cum legatorum D. quibus ex caussis. L. is qui, D. ut in possess. legat.*

At ex hac parte iuris consequitur heres plenam detentionem rerum, eo, qui prius possidebat, possessione cedente: ut solus detineat, qui in possessionem missus est, id quod liquet ex dicta *L. 3. §. sin autem*, ubi ex duobus litigatoribus, qui de possessione contendunt ex hac parte iuris, dicitur in totum posse acquiri, nimirum ei, qui potiora iura ostendit. Interim nihil amplius consequitur heres, quam possessionem rerum; non igitur dominium consequitur. Proinde veteri possessori nihil hic præiudicatur, quominus si se heredem esse putet, hereditatem vindicet ab herede scripto, qui in possessionem missus est: aut si se putet dominum rerum, vindicet res singulas: ut ficret, si heredi res restitutæ essent ex interdicto quorum bonorum: ex quo itidem, ut ex hac parte, nihil consequitur heres, nisi possessionem rerum, id probatur in *L. ult. infra, quorum bonor.*

Quid fuit hoc remedio opus? Respond. nihil opus esset, si nullas utilitates haberet, præter eas, quæ superioribus actionibus continentur, sed suas proprias & singulares commoditates habet, quibus bene & utiliter a superioribus distinguitur, & propter quas tutius & commodius est

14 ad hoc remedium confugere. Differt † a petitione hereditatis, quia & probatione facilius, & petitione plenius est. Faciliorem & expeditiorem probationem habet, quia in petitione hereditatis non sufficit heredi testamentum non vitiatum proferre, ut res ei eo iudicio restituatur; sed si quid contra testamentum dicitur, exceptiones sunt admittendæ, & de his plene cognoscendum.

Veluti si possessor dicat, se esse filium præteritum, aut exheredatum contra officium pietatis, de hoc cognoscendum erit, nec prius vindicat heres, quam pronuntiatum fuerit, testamentum non esse inofficiosum, *L. Papinian. §. si filius, D. de inofficios. test.* Et generaliter tenendum est in omnibus directis iudiciis, idest, in iis, in quibus de proprietate & pleno iure actoris agitur, iudices oportere rem plena inquisitione cognoscere, sic deinde caussa cognita statuere, *L. iudices, supr. de iudic.* At in hac missione in possessionem, quæ petitur ex hac parte iuris, sufficit testamentum non vitiatum proferre. Neque ideo fit iniuria possessori, quia nihil ei aufertur, nisi possessio momentanea, quam in caussa pari æquius est apud eum esse, qui ex testamento mittitur.

Est & remedium huius partis plenius. Nam petitio hereditatis non competit, nisi adversus hos, qui pro herede, aut pro possessore possident, non datur adversus eos, qui ex emptore, aut ex alia iusta caussa singulari possident, *L. hereditatis, supra, de petit. heredit.* At hoc remedium dixi competere adversus omnes possessores earum rerum, quæ probantur testatoris fuisse, cum is moritur, nisi tamen tantum temporis intercesserit, ut possessori præscriptio acquireretur.

Differt etiam † hoc interdictum ab interdicto quorum bonorum: quia plenius est. Nam inter scriptos heredes competit adversus plures & pluribus competit: interdictum quorum bonorum non datur omnibus heredibus, seu scriptis, seu legitimis; sed his tantum, quibus ex edicto prætoris bonorum possessio data est, idest, qui apud magistratum bonorum possessionem agnoverunt, *L. 1. D. quorum bonor.* Usque adeo, ut iis, qui bonorum possessionem non agnoverunt, ne utile quidem interdictum quorum bonorum competat, ut alias dictum *ad L. infra quorum bonor.* etsi verba eius legis vulgo refragari existimentur. At remedium ex hac parte iuris omnibus scriptis heredibus datur, seu possessionem apud magistratum petierint, seu non petierint, dummodo testamentum non vitiatum iudici ostendatur. Præterea interdictum quorum bonorum similiter, ut petitio hereditatis datur adversus eos tantum qui pro herede, aut possessore possident, *d. L. 1. quorum bonor.* Iam autem dixi hoc remedium constitutum esse adversus omnes rerum hereditariarum possessores. 15

Consulto præterimus titulos duos, scilicet 34. & 35. Prior enim solum lectione diligenti indiget: alter circa aliquas difficultates versatur, quæ quia non raro accidunt, minus sunt difficiles.

Digitized by Google

AD TITULUM XXXVI.

COD. DE CODICILLIS.

SUMMARIA.

1. *Codicilli quid & unde dicantur & quomodo a testamentis differant, & num.* 2.
3. *Codicillorum vis quæ.*
4. *Codicilli ut valeant, ex tribus rebus pendet.*

1 Codicilli † sunt scriptura, non in hoc instituta, ut testamentum esset, voluntatem minus solemnem continens de eo, quod quis post mortem suam fieri voluit. Scripturam esse constat; non enim aliter, quam scribi codicillos, declaratur *in pr. L.* 1. *de codicill.* Declaratur etiam significatione verbi latini nota. Nam ut codex non est, nisi scriptus; sic nec codicilli, nisi scripti sunt, seu breves scripturæ. Est enim verbum a superiore per diminutionem derivatum, non quod nemo possit voluntatem suam testari sine scripto, imo potest, ut dicetur *ad L. ult.* §. *infr.* sed ea testatio codicilli non sunt. Scripturam esse volumus de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, id quod etiam constat ex *dict. L.* 1. *de codicill. in princ.* Et hactenus convenit inter te-
2 stamentum & codicillos. Sed hoc † proprium est codicillorum, quod continent voluntatem minus solemnem, & ut dicitur in dicta *L.* 1. *de codicill. in fin.* nullam solemnitatem iuris desiderant, quod quomodo interpretandum sit, suo loco dicemus ad *L. ult.* §. *ult. h. t.* At testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia, *L.* 1. *D. qui testam. fac. poss.* Iusta, idest, legitima, & secundum regulas iuris de testamentis & supremis voluntatibus constitutas. Ea autem res duabus rebus continetur: solemnibus, quæ extrinsecus adhibentur, & heredis institutione. Solemnia sunt in testibus, in numero testium, in eorum signis & subscriptionibus, §. *sed cum paulatim*, *Instit. de testam. ordin.* Heredis institutio ita testamentum facit, ut sit caput & fideicommissi & testamenti, §. *ante heredis*, *Inst. de legat. L.* 1. *de vulg. L. ult. D. de iur. dot.* In quibus hæc duo interveniunt, ea testatori sunt testamenta, si quid horum deest, non erit testamentum, sed erunt codicilli. Sed hoc ita, nisi scriptura instituta sit in hoc, ut testamentum fieret. Nam si quis voluerit testamentum facere, etsi facere opinatus sit, & fecerit codicillos: nec ut testamentum valebit: nec faciet ea scriptura codicillum, quanvis iure codicilli valere posset, si testator voluisset & nominatim hoc expressisset, ut diceret, se velle eam scripturam pro codicillo valere, *L.* 1. *D. eod. tit. L. coheredi*, §. *cum filiæ*, vers. *sed ita*, *D. de vulg.* Et hoc est, quod in definitione adiecimus, scripturam, non ad hoc institutam, ut esset testamentum.

Codicillorum † vis & ius hoc est: quicquid codicillis relinquitur, id iure debetur, præterquam si hereditas verbis directis relicta sit, *L.* 2. *in fin.* §. *codicillis*, *Instit. eod.* Sed hoc ita, dummodo codicilli iure valeant. Id † autem pendet ex tribus rebus, ex conditione personæ testantis, ex observationibus quibusdam, quæ adhiberi debent, ex testamento, ad quod codicilli pertinent. Ex conditione personæ, quia non omnes codicillos facere possunt, non magis, quam testamentum, ut furiosus, *L.* 4. *h. t.* Ex observationibus, quia etsi codicilli solemnia testamenti non desiderent; tamen desiderant nonnullas observationes, de quibus *L. ult.* §. *ult. infra.* Ex testamento, ad quod codicilli pertinent; quia enim codicilli pertinent ad testamentum, ideo ius & conditionem testamenti sequuntur, ideo que infirmato & codicilli evanescunt, de quo in *L.* 3. *h. t.*

(margin numbers 3 and 4 appear beside "Codicillorum † vis" and "Id † autem pendet")

Ad L.

Ad L. Rupto, 1.

Imp. Alexander A. Mocimo & aliis.

Rupto quidem testamento postumi agnitione, codicillos quoque ad testamentum pertinentes non valere, in dubium non venit. Sed cum post ruptum testamentum patrem pupillorum vestrorum literas emisisse proponatis, quibus praecedens iudicium confirmavit: praetor nihil contra ius fecit, si novissimam eius voluntatem secutus, relictum testamento reipublicae fideicommissum, ut ex codicillis relictum, praestandum esse pronunciavit. PP. III. Kalend. Iul. Maximo III. & Paterno Coss.

SUMMARIA.

1. *Species & quaestio huius legis explicatur.*
2. *Codicilli ad testamentum pertinentes testamenti conditionem sequuntur: ad id non pertinentes, per se ipsos consistunt, nec ex testamenti viribus pendent, & nu. 5. & 8.*
3. *Qui codicilli ad testamentum pertineant.*
Codicilli post testamentum facti, quamvis aperte non confirmati testamento, nihilominus valent, & ad testamentum pertinent: quod limitatur, ibidem.
4. *Ad testamentum pertinere, quid sit.*
6. *Testamentum iure ruptum codicillis postea factis & recenti testatoris voluntate confirmari nequit.*
7. *An quod codicillis relictum non est, ex codicillis deberi possit. Item, an quod codicillis nominatim scriptum non est, codicillis relictum dicatur.*
9. *Codicilli iam facti an agnatione postumi rumpantur.*

1 Testator † testamentum iure fecit, sed testamento facto; ei filius natus est, quem neque instituerat, neque exheredaverat, idest, uno verbo, quem praeterierat testamento; agnatione huius postumi testamentum ruptum fuisse constat, *L.* 1. *&* 3. *D. de iniusto, rupt.* Deinde literas emisit, idest, codicillos, quibus suum iudicium confirmavit, idest, declaravit se rata velle esse omnia, quae in priori testamento scripta erant, & ita decessit. Postumus ab heredibus legitimis fideicommissum petit: hi erant pupilli, iidemque filii defuncti, qui in potestate tutorum erunt. Tutores negant fideicommissum deberi argumento hoc: quod si debeatur, non possit deberi, nisi aut ex testamento, aut ex codicillis postea factis. Non potest deberi ex testamento, quia id ruptum est, neque sola voluntate convalescere potuit: non potest deberi ex codicillis, quia ius est, rupto testamento, simul codicillos non valere. Re apud praetorem agitata, praetor pronuntiavit, fideicommissum deberi. A qua sententia appellatum est ad praefectum praetorio, aut principem. In hac appellatione consulitur Imperator, num fideicommissum debeatur, & num recte praetor pronuntiarit? Et afferuntur hae rationes, quas diximus, cur non videatur deberi. Respondet Imperator: recte pronuntiasse praetorem deberi fideicommissum. Ad ea autem, quae contra dicebantur, ita Imperator occurrit: fatetur fideicommissum in proposito ex testamento rupto deberi non posse, quia nuda voluntate non potuerit testamentum confirmari, sed deberi ex codicillis: non obstare, quod dicitur, testamento rupto codicillos etiam rumpi, a cuius obiectionis solutione statim orditur. Nam rupto testamento, rumpuntur quidem codicilli, sed codicilli ad testamentum pertinentes. In proposito autem, quia codicilli rupto ante testamento facti sunt, non pertinent ad testamentum ruptum. Proinde ex his, iure constituitur fideicommissum recte deberi.

Hic multa notanda & expendenda sunt. I. Notandum est de iure codicillorum, codicillos † ad testamentum pertinentes 2 conditionem testamenti sequi, non pertinentes autem ad testamentum per seipsos con-

consistere, neque ex viribus testamenti pendere. Videndum est, qui codicilli ad testamentum pertineant, qui non, & quid sit hoc, pertinere ad testamentum. Ita de-
3 finiendum est: quoties † testator testamentum iure factum habet, si per id tempus, quo testamentum consistit, codicillos habeat, quocunque tempore codicilli facti sint, ad testamentum pertinent, *L. ab intestato, circa fin. D. eod.* utputa codicilli, quos fecit primo, deinde testamentum iure fecit, ad testamentum pertinent, idque sequuntur, etsi testamento nominatim confirmati non sint, *L. 3. § ult. D. eod.* Papinianus adiiciebat hanc conditionem, si modo aliquo indicio voluntatis eos testator confirmasset, *L. ante D. eod.* Sed Divi Severus & Antoninus codicillos valere voluerunt, etiamsi nihil aperte de his confirmandis testator ostendisset, dummodo contraria nulla voluntas testatoris ostenderetur, quae sententia § 1. *Inst. eod.* probata est: post quam sententiam receptam ita responsum Papiniani in *d. L. ante, &c.* interpretabimur, ut videatur testator codicillos confirmasse novo testamento facto, hoc ipso, quod non aperte repudiavit.

E converso si testator primo testamentum fecit, deinde codicillos, & hi quoque codicilli, quanvis aperte non confirmati testamento, nihilominus valent, & ad testamentum pertinent, *d. L. ab intestato, D. eod.* Sed hoc posterius ita accipiendum est, dummodo codicilli posterius facti, tunc facti sint, cum testamentum adhuc iure consistat. Quod si tunc facti sint, cum iam testamentum ruptum, aut irritum factum esset, codicilli ad testamentum non pertinebunt, eoque nec conditionem testamenti sequentur, quae sententia hoc declaratur rescripto. Et merito hi codicilli ad testamentum prius ruptum non pertinent: quoniam ut dicantur codicilli ad testamentum pertinere, prius est, ut sit aliquod testamentum, ad quod pertineant, idque natura ipsa efficit. Nullum est autem testamentum, quod ante ruptum fuit: intestatus enim definitur is, non tantum qui omnino testamentum non fecit, sed etiam, cuius testamentum, quod prius fecerat, iure rescissum est, *Inst. de hered. quae ab intest.* Perti-
4 nere † ad testamentum est partem testamenti esse, *L. quidam*, vers. *nimirum*, *D. eod.* Unde codicilli dicuntur pars esse testamenti, *L. pen. D. quemadmodum testam. aper.*

5 Quod † dicuntur codicilli pars testamenti esse, hanc vim habet, ut intelligantur codicilli ad testamentum pertinentes legem & conditionem testamenti sequi, ut si testamentum valet, codicilli valeant, si testamentum non valet, nec codicilli valeant, *d. L. ab intestato, d. L. quidam*, vers. *nimirum*, *L. 3. §. ult. D. eod.* Ex quo per contrarium intelligimus, si qui sunt codicilli ad testamentum non pertinentes, quales sunt hi, qui testamento iam ante rupto scripti sunt, hos per se valere, nec conditionem testamenti sequi, quod exemplo huius loci evidenter confirmatur.

II. Notandum † est testamentum iure 6
ruptum codicillis postea factis, & recenti voluntate defuncti non confirmari, quantunvis iusserit rata esse, quae eo testamento scripta erant. Id aperte colligitur ex hoc rescripto: hic enim dicitur, testamento ita confirmato, ut supra dictum est, fideicommissum quidem deberi, sed non ex testamento. Et merito dicitur testamentum non confirmari codicillis, aut alia voluntate. Nam testamentum agnatione postumi ruptum efficitur iure, seu iure rumpi debet; pactis & voluntatibus privatorum iuri publico derogari non potest, *L. quod bonis, ad L. Falcid.* Proinde non potest quod ius ruptum esse iubet, privata voluntate fieri, ut valeat. Non obstat *L. qui ex liberis, §. ult. de bon. poss. sec. tab.* ubi dicitur: si priori testamento facto posterius ruptum sit, illud convalescere, si testator posteriores tabulas ruperit, ut priores valerent. Item dicitur, testamentum capitis diminutione testatoris irritum factum, recenti voluntate testatoris confirmari, si is sui iuris factus testamentum valere voluerit. Haec, ut dixi non obstant. Dicta sunt enim de eo testamento non solum quod testator valere voluit, sed etiam a quo impedimentum remotum erat, quod prius testamento obstabat. In hac autem lege agitur de testamento rupto agnatione postumi, qui adhuc vivebat. Proinde hoc vitio testamenti manente iuri publico privata defuncti voluntate derogari non potest. Et merito hic respondetur, fideicommissum ex testamento hoc non deberi. Non obstant verba rescripti huius, cum dicitur, testator, literis supremam voluntatem confirmasse. Haec enim verba ad factum testatoris, non ad ius referenda sunt: testator supremam voluntatem suam codicillis confirmavit, idest, verbis, quia id ratum esse iussit; sed iure non confirmavit, quia non potuit. Hic autem de facto quaerebatur, quod praecesserat, secundum quod imperator respondet.

III.

7 III. Notandum † est, quod relictum testamento, ex testamento non valuit, id ex codicillis peti posse, quasi relictum codicillis. Et quomodo, quæret aliquis, ex codicillis deberi potest, quod codicillis relictum non fuit? Quomodo autem dici potest codicillis relictum, quod in codicillis nominatim scriptum non est? Respond. Nihil codicillis deberi potest, quod codicillis relictum non est: sed intelligi potest id codicillis relinqui, non tantum, quod codicillis speciatim & nominatim relinquitur, sed quod verbis generalibus, eam speciem, de qua agitur, continentibus relinquitur, quod in ea specie accidit. Nam cum testator voluit in testamento ea valere, quæ scripta erant, voluit etiam ea præstari. Verbo testamenti omnia continentur, quæ sunt in testamento, perinde quasi specialiter expressa essent. Et generaliter definiemus nihil interesse, utrum quid testamento, aut codicillis aperte exprimatur, ut videatur ibi relictum; an vero relinquatur per reiectionem ad eum locum, ubi id continetur. Exempla sunt in *L. asse toto, de hered. Instit.* & *in L. Institutio, de cond. Instit.*

Hæc quæstio hodie non est necessaria; quia ex constitutione Iustiniani, ex caussa præteritionis, institutiones quidem irritæ sunt, sed cætera testamento relicta debentur, & quidem ex testamento rupto, *Authent. ex caussa sup. de liber. præterit.* Quod si id fit testamento nullis codicillis confirmato; multo magis idem admittemus, si recenti iudicio testamentum ruptum confirmavit. Sed non ideo hoc rescriptum inutile est; quoniam potest prius testamentum rumpi ex alia caussa, quam præteritionis. Denique hoc rescriptum locum habebit in hac specie: Testator testamentum fecit, quo aliquid Reipub. deinde aliud testamentum fecit, quo nihil Reipub. relictum est: constat posteriori testamento prius ruptum esse. Deinde & post secundum testamentum filius testatori natus est, qui secundo testamento præteritus erat; ita & secundum testamentum agnatione postumi ruptum est. Ad extremum testator codicillos fecit, quibus prius testamentum confirmavit. Si quæratur, utrum fideicommissum Reipubl. debeatur, quod priori testamento relictum erat? Necessario ad hoc rescriptum confugiendum est, ut dicamus, fideicommissum ut codicillis relictum, & codicillis iure consistentibus, ex codicillis deberi. Nam ex testamento quamvis confirmato deberi non potest ex constitutione Iustiniani, quia id testamentum ruptum non est ex caussa præteritionis; non ideo, quia confirmatum sit recenti voluntate defuncti; quia defunctus posteriores tabulas non incidit, ut priores valerent, quo casu priores confirmare posset, *L. qui ex liberis, §. ult. de bon. poss. secund. tab.* Ita solus locus relinquitur codicillis, de quibus quæretur, an valeant? Respondebimus ex hoc rescripto & hoc amplius fideicommissum ut iis relictum deberi. Interim † lua manet, quod dictum, pertinens ad vim codicillorum; nempe si idem testamentum habeat iure factum, & præterea codicillos, ius codicillorum ex testamento pendere, & rupto testamento rumpi codicillos. At si quis aut nullum testamentum habeat, aut habeat non iure perfectum, codicillos postea factos per seipsos consistere, neque ideo rumpi, quia testamentum prius ruptum fuerit agnatione. Sed hoc dictum, cum filius agnatus est defuncto ante codicillos factos Quid † si codicillis factis filius agnatus sit defuncto, an hoc casu agnatione postumi codicilli rumpentur? Et placet ne hoc quidem modo codicillos rumpi, quamvis certum sit rumpi testamenta agnatione postumi, de quo dicetur oportunius *ad L. 3. infr.*

(Right-margin paragraph numbers: 8 beside "Interim † lua ma-"; 9 beside "Quid † si co-".)

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Hereditatem. 2,

Impp. Philippus A. & Philippus C. Asclepiodotæ.

Hereditatem quidem neque dari, neque adimi codicillis posse, manifestum est. Verbis tamen precariis per huiusmodi etiam novissimi iudicii ordinationem iura non faciunt irritas voluntates. Unde inefficaciter te codicillis rogatam esse, ut quibusdam rebus contenta portionem quam testamento fueras consecuta, aliis restitueres, falso tibi persuasum est. PP. Idibus Octobr. Peregrino & Æmiliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest, & num. 2.*
3. *Codicillis conditio heredi instituto adiici nequit.*
4. *Conditio institutioni adiecta codicillis detrahi non potest.*
5. *Regula* hereditatem codicillis dari non posse, *quatenus valeat.*
6. *Hereditas quando directis, quando precariis verbis dari intelligatur.*
7. *Fideicommissum an recte codicillis ab intestato relinqui possit, ita ut ab herede legitimo præstetur.*
8. *Si hereditas directo codicillis relicta sit, an sit plane inutilis institutio.*

TEstator mulierem quandam testamento ex parte heredem instituit; & codicillis postea factis, mulierem rogavit, ut quibusdam rebus contenta, portionem hereditatis restitueret Titio. Titius petit ab ea fideicommissum: mulier negat deberi quasi inutiliter codicillis relictum: & utitur hac ratione, quia hereditas codicillis dari non possit, quæ regula est iuris. Ea consulit Imperatorem. Respondet, ordiens a dissolutione dubitationis: hereditas, ait, neque dari codicillis, neque adimi potest, sed ita, si directo hereditas detur. Cæterum per codicillum fideicommissum relinqui potest. Id cum in proposito factum sit: respondet errare mulierem, quæ putabat, fideicommissum non deberi. Ius autem hac de re constitutum expendendum est.

1 Ergo regula iuris est, hereditatem † codicillis neque dari, neque adimi posse, ut & *h. t. in §. codicillis, Instit. h. t.* Observandum est autem, regulam natam esse a veteribus Iureconsultis, ut significat Papinianus in *L. quod per manus, D. eod.* Unde merito dubitatum est, quam recte fuerit ab illis constituta. Nam prima facie videri potest iuri de codicillis constituto adversari. Ut enim intelligimus *ex princ. de codicillis, Inst.* codicillorum ius simpliciter admissum est, ut valerent, neque distinguitur, quid codicillis relinquatur. Cur igitur interpretes iuris hereditatem exceperunt? Et ut intelligeretur id recte factum esse, sedulo ratio reddita est, cur hereditas codicillis dari non possit, de qua ratione commodius dicetur in *L. si idem, infra.* Ut autem placuit hereditatem codicillis dari non posse; ita consequens fuit, placere † hereditatem co- 2
dicillis adimi non posse; quia qui quibus institutis, aut substitutis hereditatem adimit, is hereditatem vel sequentibus, vel institutis, vel legitimis dare intelligitur, quod prius prohibebatur. Est & hæc ratio, cur hereditas codicillis adimi non possit; quia eius est nolle, qui potest & velle, *L. eius, de reg. iur.* Cui regulæ conveniens est, ut qui non potest nolle in codicillis hereditatem dare, non possit etiam velle in iis dare. Eadem regula admissa consequens fuit, ut placeret codicillis † conditionem heredi instituto adiici 3
non posse, quod fieri non posse traditur in *d. §. codicillis. Inst. eod. L. divi. D. eod.* Ideo autem hoc consequens, quia qui conditionem institutioni adiicit, is in defectum conditionis hereditatem adimere intelligitur.

Exempli gratia: testator testamento heredem instituit Titium pure: deinde codicillis ita cavit: *volo Titium ita mihi heredem esse, si navis ex Asia, &c.* Dicimus conditionem inutiliter adiectam, & quam-

& quanvis navis ex Asia non venerit, nihilominus Titium heredem futurum; quia qui instituit heredem Titium, si navis ex Asia, &c. intelligitur ei adimere hereditatem, si navis ex Asia non venerit. Porro codicillis hereditas adimi non potest. Hæc ratio reddita est in hac specie, *L. pen. §. ult. D. de cond. Inst.* Qua ratione autem conditio institutioni in codicillis adiici non potest; eadem ratione
4 probandum est, nec † conditionem institutioni detrahi posse codicillis. Nam etsi de hac parte nihil nominatim scriptum; tamen qui institutioni conditionem detrahit, is in defectu conditionis hereditatem dat, quod multo minus codicillis facere permissum est. Ut puta testator testamento Titium heredem instituit, si navis ex Asia venerit; deinde codicillis eum pure heredem esse iussit. Dicimus, si navis ex Asia non venerit, eum heredem non futurum; quia sub conditione fit institutus: nec ad rem pertinere, quod conditio codicillis detracta est; quoniam hereditas co-
5 dicillis dari non potest. Sed quod † dicitur hereditatem codicillis dari non posse, ita temperandum est, si directis verbis hereditas detur. Cæterum verbis precariis, seu per fideicommissum, utiliter hereditas codicillis relinquitur, quod constituitur hoc rescripto, *& in §. codicillis, Inst.*
6 *eod.* Directis verbis † hereditas dari intelligitur, cum ita datur ut hereditas capiatur recte ex testamento defuncti, seu a defuncto, non autem interveniente persona heredis. Quod contra fit, ubi precariis verbis relinquitur hereditas; tum enim rogatur heres vel testamentarius, vel legitimus, ut hereditatem restituat ei, cui defunctus restitutam vult, ut sic hereditas ab herede recta capiatur, non a defuncto, cuius generis relictum dicitur fideicommissum, quia committitur fidei heredis, ut restituat. Dicitur relinqui verbis precariis, quia testator precatur & rogat heredem, ut restituat. Hæc indicantur in *§. pen. & ult. Inst. de sing. reb. per fideicom. relictis.* Et constat fideicommissum recte relinqui codicillis ab herede, quem testator testamento scripsit. Quæ
7 species fuit huius rescripti. Dubitatum † etiam est, an relinqui possit fideicommissum ab intestato, ut sic fideicommissum præstaretur ab herede legitimo. Dubitatio nata est ex regula iuris, ex qua efficitur: cui nihil datum est a defuncto, ab eo nihil relinqui posse, *L. ab eo, inf. de fideicom. L. 6. in pr. de legat.* 3. Secundum quam regulam recte admittitur fideicommissum relinqui ab herede scripto, utpote cui testator prius hereditatem dederit. Sed eadem regula effici videtur, ne possit fideicommissum relinqui codicillis ab intestato; quoniam hoc præstari non potest, nisi ab herede legitimo. Iis autem testator non dat hereditatem, sed lex: ut dicitur, hereditatem intestati lege obvenire, quia lege sola obvenit, *L. lege obvenire, de verb. sign.* Unde & heredes ab intestato succedentes dicuntur legitimi heredes. Et adversus hanc dubitationem munimur alia regula, qua traditur, fideicommissum codicillis etiam ab intestato recte relinqui, *§. 1. Inst. eod.* & quodcunque ab intestato relictum erit, id præstabitur ab omnibus legitimis heredibus, etsi post codicillos nati sint, *L. 3. L. ab intestato, D. eod.* Neque id adversatur superiori regulæ, sed magis ea regula confirmatur. Nam & heredibus legitimis intelligitur testator hereditatem dare hoc ipso, quod hereditatem ad eos pervenire patitur, cum esset in eius potestate hereditatem his adimere alios heredes instituendo. Ratio reddita est in *L. 1. §. sciendum, de legat.* 3 Quid † autem si 8
hereditas directis verbis codicillis relicta sit? Puta, aliquis codicillo heres institutus est, aut substitutus, an plane inutilis erit institutio & substitutio? Placet inutilem esse institutionem & substitutionem; sed tamen hereditatem ex fideicommisso peti posse, *L. 2. §. ult. D. eod.* Et quid interest, dicat aliquis, utrum quis dicat directe relictum non valere, aut valere, si iure fideicommissi valet? Respond. Differentia exposita est in dicta *L. 2. in fin.* Nam directa hereditas si relinquitur, & relictum valet, tota hereditas capitur ab herede: ubi autem relinquitur per fideicommissum, non capitur tota hereditas a fideicommissario, sed detrahitur prius quarta ex lege Falcidia, seu Senatusconsulto Trebelliano. Estque hæc species *L. Scævola, D. ad Trebell.* Quod tamen sic accipiendum est, si testator codicillos, quibus hereditas directo data est, voluit nominatim pro codicillis valere. Cæterum si testamentum facere instituit, & se facere opinatus est, fideicommissum non debebitur, quocunque modo hereditas data sit, sive directo, sive per fideicommissum; quia neque ea scriptura, in qua hereditas data est, ut testamentum valet, quia iure perfecta non est; neque ut codicillus, quia testator codicillos facere noluit, *L. illud. §. 1. D. eod. L. coheredi, §. cum filiæ, vers. quæ ita de vulg. & pupill.*

Quod si hereditas directis verbis inutiliter codicillis data, tamen iure fideicom-

missi defenditur; multo magis iusto testamento directis verbis inutiliter data, eodem iure defendetur. Nam si conferantur inter se scripturæ, testamentum multo plenior est & solemnior scriptura, quam codicilli. Si conferatur inter se voluntas defuncti in eadem scriptura, eadem est voluntas defuncti volentis aliquid fieri post mortem suam, quanquam in testamentis hæc voluntas est plenior. Proinde si quis substituerit filio heredem post quatuordecim annos, & si substitutio tanquam substitutio valere non potest, *L. verbis*, *L. in pupillari*, *de vulg.* tamen recte existimatur vulgo heredem defuncti fideicommisso teneri substituto, uti teneretur, si codicillis substitutio facta esset, ut est in *L. Scævola*, *ad Trebell.* Non enim substitutio codicillis facta iure fideicommissi defenditur, quia codicillis facta; sed quia codicilli valuerunt. Ergo multo magis idem in testamento dicendum est, si testator voluit.

Ad L. Cum proponatis. 3.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Hyacintho & aliis.

Cum proponatis pupillorum vestrorum matrem diversis temporibus ac dissonis voluntatibus duos codicillos ordinasse: in dubium non venit id, quod priori codicillo inscripserat, per eum in quem postea secreta voluntatis suæ contulerat, si a prioris tenore discrepat, & contrariam voluntatem continet, revocatum esse. PP. VI. Idib. Septemb. ipsis IV. & III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Codicillis pluribus factis diversam voluntatem continentibus uter valeat?*
2. *Codicilli, an iis modis, quibus testamenta, rumpantur.*
3. *Cur ut testamentum prius rumpitur posteriori, non item eodem modo rumpantur codicilli.*
4. *Codicillus cur non rumpatur agnatione postumi.*

1 SI quis plures † codicillos fecit, contrariam voluntatem continentes, non potest plus una scriptura valere. Sed utri codicilli valent? Hic scriptum est, per posteriores prioribus derogatum esse; quo significatur solum posteriores valere, idque respondetur ex regula iuris certi, in legatis & fideicommissis novissimam voluntatem spectari, *L.* 12. *§. ult. de legat.* 1. *L. quod traditum, de cond. & demonst.* Quid si diversi tantum erunt, non contrarii? Colligitur ex hoc loco omnes valere, quod etiam verum est. Idque est, quod aliis locis traditur, posse unumquemque plures codicillos facere utiliter, ut omnes consistant, *§. ult. Inst. eod. L. divi*, *§. codicilli*, *D. eod.* In quo singulare ius notandum est & proprium codicillorum. Nam in testamentis hoc ius est, ut si quis prius testamento facto, deinde aliud testamentum faciat, posteriori testamento prius rumpatur, *§.* 1. *Inst. quib. mod. test. infir.* Sed hic consistendum non est, sed generaliter ita definiendum, codicillos iure consistentes nunquam rumpi ullo modo ex iis, quibus testamenta rumpuntur, sed sola aperta contraria voluntate, aut consequenti, hoc modo: si codicillus ad testamentum pertineat, & testamentum ruptum sit.

Testamentum † rumpitur duobus modis, posteriori testamento rite facto, & agnatione postumi sui heredis, qui testamento præteritus erat, *tit. Inst. quib. mod. test. infir.* Codicilli priores aliis codicillis postea factis non rumpuntur, omnes pariter valent, ut dictum. Sed etsi codicillis factis suus heres agnascatur defuncto, cum nullam eius heredis mentionem fecerit in codicillis: codicilli non ideo evanescunt, sed relictum debetur ab omnibus heredibus legitimis, etiam ab ipso filio, qui postea natus est, si heres patri exstitat, *L.* 3. *ab intestato*, *D. eod.* 2

Hoc tamen ita, nisi testator codicillis specialiter unum aliquem ex heredibus rogave-

Digitized by Google

gaverit, ut aliquid præstaret, quo casu is solus heres tenebitur fideicommisso, & tenebitur tantum pro parte, si id, quod relictum est, recipiat: si autem non recipiat, nullo modo tenebitur, *hoc in L. pen. D. eod.* Solum, ut dixi, contraria voluntate testatoris codicilli tolluntur; quemadmodum & testatoris voluntate consistebant, ut hic cavetur. Et hoc principaliter: nam per consequentiam hoc evenit in codicillis, ut si codicilli ad testamentum pertinent, postea rupto testamento, etiam codicilli, qui pars erant testamenti, rumpantur, de quo dictum est ad *L. 1. supr.*

3 Sed cur † quemadmodum posteriore testamento prius rumpitur; ita posterioribus codicillis non rumpuntur priores? Movet quæstionem, quod par ratio in utroque videtur esse. Ut enim duorum testamentorum par vis est; sic duorum codicillorum vis eadem. In quibus autem eadem ratio est, in his idem ius statui debet, *L. illud, D. ad L. Aquil.* Proinde si posteriore testamento rumpitur prius, quod eandem vim habet; par est, & posterioribus codicillis priores rumpi, qui eandem vim habent. Respondeo: Si propter testamentum posterius rumperetur prius, esset eadem ratio in scriptura testamenti posterioris, & scriptura posteriorum codicillorum. Nunc autem posteriori testamento non rumpitur prius propter posterius testamentum, seu propter scripturam posterioris testamenti; sed quia posteriori testamento declaratur prius testamentum esse imperfectum: sic autem ius est, ut si quid testamento desit ad heredum institutionem, de quibus testator cogitavit, testamentum sit imperfectum, & hoc ipso inutile, *L. si is qui testam. qui. testam. fac. pos.*

Hæc ratio cessat in codicillis; nam posterioribus quidem codicillis declaratur aliquid deesse prioribus ad voluntatem defuncti, sed non ideo priores codicilli infirmantur. Nam codicilli natura sua sunt voluntas imperfecta; imo nunquam plenam voluntatem continent. Non est enim plena voluntas, nisi quis constituerit sibi heredem, idest, universi iuris sui successorem. At codicillis id fieri non potest, *L. 2. sup.* Proinde non ideo priores codicilli infirmantur, etsi sint imperfecti.

Rursum quæro, cur † testamentum iure factum & solemniter, agnatione postumi rumpitur: codicillus autem eadem agnatione non rumpitur? Cum plus sit rumpere testamentum, utpote scripturam iustam & solemnem, quam rumpere codicillos, scripturam non plenam, & regula iuris facit, ut non debeat, ei, cui quod plus est licet, quod minus est non licere, *L. non debet, de reg. iur.* Quare cui licet rumpere testamentum; licet etiam codicillos rumpere multo magis. Respondeo: Et hic diversa ratio est testamenti & codicillorum. Differentia autem hæc est: Agnatione postumi præteriti rumpitur testamentum, non propter agnationem solam, sed quia herede alio instituto in testamento hereditas postumo aufertur. Huic autem hereditas auferri non potest, nisi exheredatione iuste facta: quoniam heres est vivo patre filius *L. in suis, D. de lib. & postum.* 4

At codicillis, qui agnationem postumi antecedunt, non aufertur hereditas postumo postea nato, sed magis ei confirmatur. Nam quæ relinquuntur codicillis, ea relinquuntur a legitimis heredibus: proinde testator simul vult legitimos suos heredes sibi heredes permanere. Quare cum codicillis hereditas non auferatur, cessat ratio, propter quam præteritione rumpi debeant. Hoc amplius cum testamento præteritur postumus, qui postea nascitur, culpa testatoris est, qui potuit eum instituere. In codicillis si filius heres non instituitur, nulla culpa patris est: quia codicillis hereditas dari non potest, ut quasi hereditas confirmetur.

Ad L. Non idcirco, 4.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Stratonico.

Non idcirco minus, quod intestato te absente codicillos mater tua fecit: hi, quibus precariis verbis adscripta sunt, relicta capiunt. Sine die & consule.

SUMMARIUM.

1. *Voluntas sola testatoris testamentum facit.*

SI quod quisque legavit de re, ita ius est, ut cautum est lege duodecim tabul. *L. verbis, D. de verb. sign.* consequens est, ut quicquid erit testamento, aut codicillis, aut omni scriptura de suprema voluntate cautum, id totum pendeat ex defuncti voluntate, non alterius cuiusquam sive heredis, sive legatarii. Unde dictum
1 est, voluntatem † testatoris solam testamentum facere, *L. ex facto. §. ver. D. de her. instit. L. 12. in fin. de L. 1.* Sic fit, ut quicquid relinquitur, id ab invito relinqui possit, si modo is sit, cui testamento dederimus aliquid, *L. sciendum, de legat. 3.* Si invito eo legatum & fideicommissum recte relinquitur, multo magis relinquitur eo ignorante, quod hic cavetur.

Ad L. Ne codicillos, 5.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. & CC. Flaviæ.

Ne codicillos quidem furentem posse facere, certissimi iuris est. Si igitur scriptura velut codicillorum patris tui fuit prolata, ut aliquid ex hac peti possit: adseverationi tuæ, mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse probari convenit. Datum VI. Kalend. Decembr. Divelli CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Furiosus an possit codicillos facere: & qui non.*
2. *In dubio utrum defunctus fuerit sanæ mentis, utrum ne, cui incumbat onus probandi, petentine ex codicillis, an heredi.*

1 QUod placet furiosum † codicillos facere non posse, mirum non est; nam furiosus nihil natura agere potest, in quo animi iudicio sit opus, *L. 2. §. pen. D. h. t.* Sed hic consistendum non est, cum quæritur, qui codicillos facere non possint; verum generaliter definitur, neminem codicillos facere posse, qui testamentum facere non potest, *L. divi, §. pen. L. conficiuntur, §. 1. D. eod.* Si quis igitur civis Romanus non sit, puta sit peregrinus, deportatus; sive quis iudicio præditus non est, ut furiosus, prodigus, mente captus, pupillus; sive quis fari & scribere non possit, ut mutus & surdus; sive quis in bonis iure nihil habet, ut filiusfamilias & servus; sive quis iussus est esse intestabilis, ut qui ob carmen famosum damnatus est, is codicillos facere non potest, quia nec potest testamentum facere: de quibus generibus dictum est suo loco, scilicet titulo, *qui test. fac. poss.* Huc pertinet Titulus *Institutionum, quib. non est permissum fac. testam.* Hic

2 Hic notandum est, † qui aliquid petit ex codicillis, cui obiicitur, defunctum furiosum fuisse, si contendat fuisse defunctum sanæ mentis, tum id probare non debere, sed heredem, qui sanæ mentis fuisse neget. Hoc prima ratione videtur repugnare regulis iuris de probationibus quarum prima est: ei qui dicit, incumbere probationem, non ei, qui neget, *L. 2. de probation.* Altera certior, semper actorem in eo, quod intendit, probare debere, non reum, qui negat, *L. verius, D. de probat. L. actor. supra, de probation.* Atqui in specie proposita qui ex eo petit, actor est, heres unde petit, reus est. Sed nihil hic dicitur superioribus regulis contrarium. Volumus enim etiam actorem probare debere defunctum fuisse compotem mentis, sed satis probat talem fuisse, hoc ipso, quod probat, aliquando eum fuisse mentis compotem; probat autem id natura ipsa, nam tunc saltem, cum natus est, non fuit furiosus, non insanus. Ex quo necessitate consequentiæ sequitur semper illum talem fuisse deinceps, nisi abalienata mente esse cœperit, aut cœperit furere. Hoc autem actor nunquam dicet; quia contra se diceret. Id igitur reus si dicit, probare debet iam secundum superiores regulas; primo, quia dicit; deinde, quia in eo exceptione utitur: semper reus in exceptione actor est, quia in exceptione dicit & affirmat, quod necesse sit ad defensionem suam, *L. in exceptionibus, de probat.* Huc recte refertur *L. sive possidetis, supr. de probat.*

Ad L. Sive. 6.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Demostheni.

Sive initio, quæ fuerat codicillis relicturus generaliter, sive novissime relicta servari mandaverit: confirmatione munitus, nullam iustam gerere sollicitudinem potes. Dat. III. Idus Decemb. Nicomediæ CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Codicilli quomodo testamento confirmentur in præteritum & in futurum.*

QUod codicillis testamento confirmatis relictum est, excepta hereditate, citra controversiam debetur. Con-
1 firmantur autem † testamento codicilli, aut in futurum, aut in præteritum. In futurum, cum quis testamento prius facto, mandat ea servari, quæ postea codicillis relicturus est. In præteritum, cum prius facto codicillo, postea testamentum facit, quo indicat ea, quæ novissime reliquit, idest, novissime scripta, sive postrema codicillorum verba servari, quæ verba sunt huius legis; congruit *L. conficiuntur, in pr. D. h. t.* Quid si testamento codicilli nominatim confirmati non sint? Placet nihilominus valere, tanquam ad testamentum pertinentes, sive prius facti sint, sive posterius, *L. 3. § ult. L. ab intestato, D. eod.* Quid igitur hic opus fuit adiicere de codicillis testamento confirmatis? Resp. Apparet de codicillis testamento confirmatis responsum esse hoc rescripto, quia de illis consulebatur. Respondetur autem per amplificationem ad hanc sententiam; codicilli etiam nominatim in testamento non confirmati per se valent. Proinde si testamento confirmati sint; sine caussa dubitabis, an illi valeant, & an illis relictum debeatur.

Ad L. penult. 7.

Imp. Constantinus A. ad Maximum. PP.

Si idem codicilli, quod testamenta possent: cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est. Dat. III. Iun. Pacatiano & Hilariano Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Hereditatem codicillis dari non posse. Ratio* ibid.

1 Dixi ad *L.* 2. *supr.* hereditatem † codicillis dari non posse, idest, codicillis heredem neque institui, neque substitui posse, ut hic apertius declaratur *in fin.* Quæsitum est, cur id veteres prudentes exceperint, cum ab inventoribus codicillorum codices admissi sint indistincte & sine ulla exceptione? Huius rei duas rationes redditas legimus, quarum una est hic, altera est in *L. quod per manus*, *D. eod.* Prior hæc est; quia si codicillis licet heredem institnere, codicilli erunt testamentum, sive idem erunt codicilli & testamentum, idem utriusque scripturæ ius: nam heredis institutio non tantum est caput & fundamentum testamenti, ut est in §. *ante heredis*, *de legat.* sed & totum testamentum continet, atque constituit, *L.* 1. §. *qui neque*, *de hered. Inst.* At semper obtinuit, codicillos non esse testamentum, & constat ita codicillos esse inventos, ut tamen diversi essent a testamento. Id probatur in hoc loco. Probatur autem ex eo, quod diversa nomina utrique rei & scripturæ sunt imposita. Ne quis hoc argumentum repudiet, optimum est in iis scriptoribus, qui prudenter & considerate loqui volunt, ut res quaslibet apte exprimant. Nam ut est bene scriptum in §. *est & alius*, vers. *sed pleniss. Inst. de donat.* nomina rebus imposita debent esse rebus convenientia: id quod observatur, cum ab omnibus fanis scriptoribus, tum præcipue ab auctoribus & constitutoribus iuris. Quibus positis consequens est, si codicillos volumus esse aliud, quam testamentum, in codicillis hereditatem dari non posse.

Altera ratio est itidem ab absurdo. Nam cum quis testamentum fecit, & præterea codicillos, convenit inter omnes, codicillos testamento confirmari. Quinimo prima origo codicillorum confirmatorum nata est ex iis codicillis, qui testamento confirmati proponebantur, ut refertur in *Inst. in pr. eod. tit.* Quod si dixerimus codicillis heredem institui posse, eveniet contrario modo, non ut codicilli confirmentur testamento, sed ut testamentum confirmetur codicillis, quod est absurdum. Nam semper tenendum est, heredis institutionem confirmare testamentum, quia, testamentum ex ea vires capiat. Hæc sententia est Papin. in *d. L. quod per manus*, *D. eod.*

Ad L.

Ad L. ult. Si quis agere.

Imp. Theodosius A. Asclepiodoto PP.

Si quis agere ex testamento quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit: ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens, minime permittatur. Tantum enim abest ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus: ut etiam illud sanciamus, si testator faciens testamentum, in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit: qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse: ita ut sive bonorum possessionem secundum tabulas, sive secundum nuncupationem, caeterasque similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit: statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet. Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis ultimam voluntatem: nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere: illo electionis videlicet iure perdurante, ut qui ex testamento agere voluerit, ad fideicommissum migrare non possit. Si quis vero ex parentibus utriusque sexus, ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognitionis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit, vel nuncupatus, in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere: licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare. Non enim par eademque ratio videtur, amittere debita, & lucra non capere. In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur subnotationem suam accommodantibus. Dat. XV. Kalen. Mart. Constantinop. Victore V. C. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Scriptura quando pro testamento valeat, & quando pro codicillis.*
2. *Heres scriptus quando ex scriptura hereditatem consequi possit.*
3. *Heres ex scriptura institutus an hereditatem ex ea petere possit tanquam ex codicillis. Et quid in fideicommisso.*
4. *Persecutionis fideicommissi omissio adversus quem constituatur, & ob quod factum heredis.*

Agitur hic de ea scriptura, quam defunctus pro testamento instituit, in qua scripsit heredem L. Titium, sed ea scriptura, quae proponatur non valuisse tanquam testamentum; eiusmodi tamen, quam si defunctus valere vellet pro codicillis, eatenus valere possit. Instituisse aliquem eam scripturam, de qua quaeritur, ut testamentum fieret, aut ex verbis defuncti intelligetur, aut si verba nulla sunt, quibus id probetur, satis id arguitur ex eo, quod in ea scriptura heredem scripsit, *L. illud, §. 1. D. eod.*

Haec

1 Hæc † ſcriptura pro teſtamento non valet, ſi quid ex ſolemnibus teſtamenti deſit, puta ſi deſit vel unus teſtis, aut non omnes ſint idonei teſtes, ſi deſit alicuius ſubſcriptio, aut obſignatio, *L. ſi unus, ſup. de teſtam.* Eadem ſcriptura pro codicillis valere poteſt, ſi proponas in ea teſtes adhibitos fuiſſe, iuxta ea, quæ ſcripta ſunt in *h. L. in fin.* De hac ſcriptura ita ius eſt: Convenit inter omnes, heredem ſcriptum ex ea ſcriptura hereditatem petere non poſſe: non enim poteſt tanquam ex teſtamento; quoniam fingimus ſcripturam pro teſtamento non valere: non poteſt petere tanquam ex codicillis, etiamſi quis conceſſerit, eam ſcripturam pro codicillis valere poſſe; quoniam certum eſt codicillis hereditatem dari non poſſe, *L. pen. & L. 2. ſupr.* Sed 2 quamvis † heres ſcriptus hereditatem ex ea ſcriptura conſequi non poſſit, ut quaſi hereditas confirmetur, tamen ex fideicommiſſo hereditas peti poteſt, ſi quis eam ſcripturam pro codicillis haberi conceſſerit.

3 Hinc quæritur, an † heres eiuſmodi ſcriptura inſtitutus hereditatem ex ea ſcriptura poſſit petere, tanquam ex codicillis. Eadem quæſtio eſt, ſi quis nuncupato teſtamento inſtitutus ſit heres, & teſtamentum perfectum non ſit, an nihilominus pro codicillis valere potuerit, ſi teſtator vellet. In qua ſpecie etiam idem ius conſtituitur *h. L.* quod conſtituitur de ſuperiori, videlicet ut quod de una ſpecie dixi, id intelligendum ſit & de altera. Sic ergo de priori quæſtione conſtituitur hoc loco: quoties ea ſcriptura, quæ pro teſtamento parabatur, iure non perficitur, ita ut pro teſtamento non valeat, inſtitutus ea ſcriptura heres nunquam ex ea hereditatem petere, aut conſequi ut hereditatem poteſt. Sed ſi ſcriptura pro codicillis valere potuit, ſi teſtator vellet, heres inſtitutus fideicommiſſum poteſt petere a legitimis heredibus, ut *eſt in d. L. 2. §. ult. D. eod.* Sed ita ſi duo concurrant, nimirum, ſi teſtator nominatim caverit, ſe velle, ut ea ſcriptura quovis iure valeret, vel quod idem eſt, ut ea ſcriptura etiam pro codicillis valeret; & præterea ſi ſcriptus heres prius ex ea ſcriptura tanquam ex teſtamento hereditatem non petierit.

Cæterum duobus etiam temporibus fideicommiſſi perſecutionem ex ea ſcriptura heres non habebit. Nam alias ab initio fideicommiſſi perſecutionem non habet; alias etiamſi habuit, tamen poſtea facto ſuo amittit. Fideicommiſſi perſecutionem ex ea ſcriptura ab initio non habet, niſi teſtator expreſſerit, ut ea ſcriptura etiam pro codicillis valeret. Nam ſi expreſſerit, pro codicillis valet; & tanquam ex codicillis iure factum fideicommiſſum peti poteſt. Quod ſi teſtator hoc non expreſſit, ſcriptura quæ pro teſtamento non valet, nec fideicommiſſum petet. Hæc ſententia vetus eſt, multis locis in D. expreſſa, *L. 1. D. eod. L. 3. cohær. §. cum filiæ*, verſ. *cum ita, de vulg.* & nominatim in *L. ex ea ſcriptura, qui teſt. fac. poſſ.* Eadem ſententia confirmatur in *hac L. verſ. illud*, ſed ita, ut in hac parte nihil novi iuris conſtituatur, ſed tantum confirmetur. Quod ſi heres ab initio hoc modo perſecutionem fideicommiſſi habuit, placebat olim eundem etiam petitionem retinere, quanvis hereditatem ex ea ſcriptura tanquam ex teſtamento petiiſſet. At hic novum ius conſtituitur hac lege: placet enim eum, qui ex ea ſcriptura tanquam ex teſtamento hereditatem petiit, ſi ſimul fideicommiſſum petere velit, poſtea ex codicillis non admitti fideicommiſſi perſecutionem quod initio *huius. L.* conſtituitur uſque *ad verſ. illud.*

Hoc ne quis ita interpretetur, quaſi heres, qui hereditatem petiit, non poſſit ex codicillis fideicommiſſum petere, ſi teſtator nihil nominatim, ſe velle ut ſcriptura pro codicillis valeret, adiecit; Theodoſius ſe hoc ius etiam tunc conſtituere ait, cum teſtator nominatim complexus eſt, ut ſcriptura pro codicillis valeret: ut intelligamus hoc caſu nihil prodeſſe heredi ad fideicommiſſi perſecutionem voluntatem expreſſam defuncti, non quod voluntas defuncti ſervanda non ſit, quæ præter cæteras omnes ſervanda eſt: ſed quia heres huic voluntati renuntiaſſe videtur, dum prius hereditatem tanquam ex teſtamento petiit. Hæc ſententia eſt *verſ.* in iis verbis *tantum enim abeſt.* Quid ſi heres initio dum hereditatem petit, utramque perſecutionem proponat, & dicat, ſe velle hereditatem petere ex teſtamento, ſi tanquam teſtamentum valeat, ſin minus, velle ſe tanquam ex codicillis fideicommiſſum conſequi? Theodoſius adiicit, etiam in hac proteſtatione heredem non eſſe audiendum, ſed deferri ei poteſtatem eligendi utrum petat, & hoc initio petitionis explanare debere, ita ut intelligatur una via electa, alteram repudiaſſe. Hæc ſententia eſt illorum verborum, *ita ut ſive bonorum poſſeſſionem*, & quæ ſequuntur.

Sed hic diligenter videndum eſt, adverſus † quem conſtituatur hæc amiſſio perſecutionis fideicommiſſi, & ob quod fa- 4

ctum

ctum heredis; nam verba constitutionis in hac parte rem non satis explicant. Loquitur Theodosius initio de eo, qui velut ex testamento de hereditate agere voluit. Quid ergo, an hoc ipso, quod heres ea scriptura institutus voluit & constituit apud se de hereditate agere, tanquam ex testamento, an, inquam, ob id amittet fideicommissi persecutionem, tanquam ex codicillis: Respondeo. Hoc non sic accipiendum est, sed verba sic interpretanda sunt; si quis agere voluerit, & revera egerit, ac petierit hereditatem velut ex testamento, ut voluerit cum effectu, sive voluerit & voluntatem facto declaraverit. Id declaratur verbis seqq. *constit.* liquido; quæ postea diriguntur ad eum tantum, qui hereditatem petit, seu de ea agit. Huc referenda sunt illa verba: *Qui hereditatem petit in ipsis intentionis suæ exordiis.* Item illa verba, quæ sunt *in vers.* Si quis vero: *licebit ei, qui ex voluntate defuncti agens superatus fuerit.* Item illa verba: *Cum Theodosius vetat heredem, postquam agere voluit: tanquam ex testamento migrare ad fideicommissi persecutionem.* Quibus verbis nititur statim *in pr. & in vers. illud, in fin.* Non migrat autem petitione hereditatis ad persecutionem fideicommissi, nisi is, qui prius petitionem hereditatis instituit, ut sic dicatur ab una petitione ad alteram transire. Ex quibus omnibus locis iam intelligimus, non aliter heredem in specie proposita, neque ob aliud factum fideicommissi persecutionem amittere, quam si hereditatem tanquam ex testamento petierit. Et ideo quanvis prius hereditatem tanquam ex testamento adierit, quanvis etiam bonorum possessionem petierit secundum eas tabulas, atque adeo quanvis petierit, se mitti in bonorum possessionem, si nondum iudicio directo hereditatem petiit, seu quod idem est, nisi petitione hereditatis egerit, tanquam ex eo testamento heres: nulla agnitione sua præcedente persecutionem fideicommissi amittit quo minus cognito errore suo & iure scripturæ recte ex ea scriptura tanquam ex codicillis agat & fideicommissum petat.

Non obstant illa verba: *Ita ut sive bonorum possess. & quæ seq.* Nam in his verbis Theodosius non constituit ut heres qui bonorum possessionem petit, aut qui se petit in bonorum possessionem mitti, declaret, utrum velit, se admitti tanquam ex testamento, an tanquam ex codicillis; alioqui ita dicendum fuisset, si quis bonorum possessionem postulet, non autem postulaverit. Item, si quis se mitti in bonorum possessionem petat, non autem petierit. Sed hoc constituit, ut heres explanet & declaret propositum intentionis suæ, idest, utrum velit tanquam hereditatem petere, an tanquam fideicommissum, inter exordia huius iuris, nempe huius petitionis hereditatis, de qua institutus est sermo. Nam petitio & omnis actio ius est persequendi, *tit. de act. in pr.* Et hoc declarat heres & declarare potest, quanvis ante vel hereditatem adierit, vel bonorum possessionem petierit, vel petierit se mitti in possessionem, ita ut hæc omnia præcedentia non obstent heredi postea petenti hereditatem, quo minus declarare possit, utra persecutione uti velit. Iterum hæc sententia manebit, eum heredem, qui ex proposita scriptura hereditatem petiit tanquam ex testamento, hac sola petitione fideicommissi persecutionem amittere, quam instituere postea velit ex eadem scriptura codicillorum.

Hoc loco excipiuntur in hac eadem *lege* parentes defuncti, usque ad quartum gradum, & cognati defuncti usque ad tertium gradum, qui etsi in supra dicta scriptura heredes instituti sunt, & hereditatem ex ea tanquam ex iusto testamento petierint: possunt nihilominus postea migrare ad petitionem fideicommissi ex eadem scriptura, si pro codicillis valere potuit, & testator, ut valeret, expressit. Et hoc in §. *si quis vero.* Sed videtur hæc constitutio non tantum esse contra manifestam regulam iuris, sed etiam pugnare adversus manifestam æquitatem. Nam primo constat, si quis rem aliquam petierit, non prohiberi alio iudicio aliam rem petere, etiamsi priore iudicio victus sit, adversus easdem personas *L. cum quæritur, L. cum de eo, L. an eadem, D. de except. rei iudic.* Et certe iniquissimum esset, quod in una re factum esset, in altera nocere, *L. si unus, §. pacta,* vers. *ante omnia, de pact.* At in specie proposita duæ res videntur esse, de quibus diversis iudiciis agitur; hereditas, quæ prius petita est, & fideicommissum, quod nunc, tanquam ex codicillis petitur: ut proinde non videatur, quod de hereditate prius actum, in fideicommissi persecutione nocere debere.

Præterea etiamsi eadem res ab ipso petatur; tamen & illud certi iuris est, eum, qui rem ex aliqua caussa petit, quanvis eo iudicio victus sit, eandem rem ex alia caussa petere. *L. an eadem, §. actiones, de except. rei iud.* At rursum in hac specie duæ caussæ sunt, ex quibus hereditas petitur. Nam prius petitur tanquam

ex testamento; deinde, tanquam ex codicillorum & fideicommissi iure. Nec obstat, quod hæ caussæ contrariæ sunt, scilicet dicere eandem scripturam testamentum esse, & esse codicillos. Nam etiam illud certo admissum, eum, qui ex aliqua caussa egerit de aliqua re, non prohiberi de eadem re agere ex alia caussa, quantumvis priori contraria & repugnante: utputa petiit quis hereditatem tanquam heres ex testamento, & victus est, quoniam pronuntiatum est testamentum non iustum esse; non prohibetur tamen idem eandem hereditatem petere ab ipso possessore, ex caussa intestati, *L. in plurium*, *L. illud*, *de acquirend. hereditat.* Item, debitor creditori suo legavit decem, quæ ei mutuo dedit: in hac specie si pecunia ex mutuo debetur, nullum fideicommissum est, & vice versa si fideicommissum est, non est mutuum; quoniam quod vere debetur, inutiliter legatur creditori. *§. ex contrario, Institut. de legat.* Ita fit, ut si creditor dicat, sibi eam pecuniam ex mutuo deberi, & ex ea caussa petat, simul vi ipsa dicat, sibi fideicommissum non deberi: & tamen placet, si in hac specie, creditor decem ex caussa mutui petierit, & pronuntiatum sit non deberi, quod possit idem eandem pecuniam petere ex caussa fideicommissi, quanvis videatur prius de fideicommisso negasse, *L. Aurelius, §. ult. de liber. legat.* Ergo in specie proposita consequens esse videtur, ut qui hereditatem petiit tanquam ex testamento, si pronuntiatum sit, testamentum imperfectum esse, non prohibeatur hereditatem petere tanquam fideicommissi iure: æquissima, ut videtur ratione, quoniam cum prius pronuntiatum esset, scripturam non esse testamentum, simul etiam effectum est, scripturam esse codicillos; quia alterutrum sit necesse est.

Respondeo: nihil verius est & nihil æquius, quam horum utrumque. Eum, qui rem aliquam petiit, & victus est, non prohiberi aliam rem petere. Deinde, eum etiam, qui rem aliquam ex aliqua caussa petiit, & victus est, non prohiberi eandem rem ex alia caussa petere, quanvis contraria, quoniam priore causa remota posterior constituitur, ut fit in rebus contrariis. Sed adversus has regulas iuris & æquitatis nihil peccatur hac constitutione. Nam quod ad rem petitam attinet, una res petitur, non duæ. Petitur enim utrobique & ex testamento & codicillis hereditas, & una eademque hereditas defuncti. Nec ad rem pertinet, quod priore judicio dicitur peti hereditas, posteriori dicitur peti fideicommissum. Nam his verbis nihil aliud significatur, quam priore iudicio peti hereditatem directo iure, tanquam hereditatem: posteriore autem eandem hereditatem peti iure fideicommissi, & peti non tanquam recta a testatore, sed tanquam ab heredibus restituendam. Interim una eademque utrobique est hereditas defuncti. Quod attinet ad causas agendi, etiam hic una causa est, ex qua hereditas & fideicommissum petitur. Quod vero prius petitur hereditas tanquam ex testamento, deinde petitur fideicommissum tanquam ex codicillis, non sunt hic duæ causæ petendi, testamentum & codicilli; sed una est utrobique scriptura, sive una testatio defuncti, quæ modo ab herede dicitur testamentum, modo codicilli. Hoc qui dicit de una scriptura, is quod de altera affirmare, de altera negare videtur, atque eo modo seipsum excludere; quoniam natura non potest eadem scriptura, & codicillus esse & testamentum, *L. pen. sup. h. t.*

Sed ex hac re incidit rursus constitutio in difficultatem. Nam si is, qui scripturam testamentum esse dicit, intelligitur negare, eam scripturam esse codicillum, cur hac constitutione admittuntur parentes & cognati ad fideicommissi persecutionem, si prius hereditatem tanquam ex testamento petierint, cum in quibus caussis eadem ratio est, in iis idem ius statui debeat, *L. illud, D. ad L. Aquil.*

Respondeo. Ratio differentiæ proposita est in *§. si quis vero*. Ex qua colligitur hæc responsio ad obiectionem. Extranei heredes cum ex eadem scriptura petunt fideicommissum tanquam ex codicillis, non petunt nisi iure huius scripturæ, a quo iure prius sua confessione & intentione exclusi sint. At parentes & cognati cum ex eadem scriptura tanquam ex codicillis fideicommissum petunt, ii ex alia caussa petere videntur, quam ex scriptura; quoniam petunt, hereditatem tanquam ab intestato etiam sine codicillis debitam. Supra autem dictum, non prohiberi quenquam ex duabus caussis eandem rem petere. Non enim iniquum in hac constitutione, quod extraneus ab initio institutus petitionem cogitur eligere, utrum tanquam hereditatem petat ex testamento, an tanquam fideicommissum ex codicillis. Toties enim plures actiones ab eodem actore adversus reum admittuntur, sub disiunctione, quoties facto rei accidit, ut incertus sit actor, qua actione experiri debeat, & tunc certum est illi unam aliquam competere. Exemplum est in *L. 1.*

§. quia

Digitized by Google

§. *quia autem, quor. legat.* At in proposito incertitudo actionis ex facto & culpa heredis nascitur. Est enim in eius potestate dispicere testamenti tabulas, & videre, num testamentum perfectum sit, nec ne?

Quid ergo si testamentum proferatur, quod prima facie sine ullo vitio appareat, & in hoc errore heres hereditatem petierit, tanquam ex iusto testamento; deinde in iudicio emerserit aliquod vitium latens, ut quia probatum sit testes non esse eius conditionis, cuius esse debeant, quæ tamen conditio ignorabatur ab herede; an hoc casu dicemus prohiberi heredem errore cognito ad fideicommissi persecutionem transire, tanquam ex codicillis. Respondeo: Puto hoc casu huic constitutioni locum non esse, & admittendum esse heredem ad fideicommissi persecutionem, quoniam iustus error facti excusatione dignus est; cum fallat factum etiam prudentissimos, *L. 2. de iuris & facti ignor.* Deinde, quia quæ postea emergunt novo auxilio indigent. Et probatur hæc sententia aperte in *L. de ætate, §. ex caussa, de interrog. in iud. fac.*

Non obstat, quod in hac constitutione generaliter & indistincte sine exceptione prohibetur heres petita hereditate migrare ad fideicommissi persecutionem. Nam sequentia verba ostendunt, de quo herede Imperator sentiat: datur enim sequentibus verbis heredi potestas eligendi, utrum velit. Et præterea dicitur heredem unius iuris electione alterum repudiasse videri. Hæc tantum cadunt in eum heredem, qui scire potuit, scripturam non valere tanquam testamentum. Nam si omnia concurrebant, ut existimaretur testamentum iustum esse, non potuit heres eligere scripturam pro codicillis, ubi potestas eligendi codicillos ei non deferretur. Sed nec potest dici electo testamento repudiari ius codicillorum, ubi ius codicillorum sibi competere ignoravit. Quorum utrumque probatur in *L. mater, versic. cæterum, de inofficiof. testament.* Unde relinquitur, constitutionem hanc tantum ad illos heredes pertinere, qui potuerunt de scriptura cognoscere, qualis esset, perfecta, an imperfecta, ut in heredibus culpa hic puniatur, non iustus error.

Ad §. ultimum.

In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus, Dat. XV. Cal. Mart. Constantinop. Victore, V. C. Coss.

SUMMARIA.

1. *An extra testamentum plures sint species supremæ voluntatis: & earum nomen quod.*
2. *Codicillis nominatim testamento confirmatis, an in iis ea, quæ hic præcipiuntur, observanda sint: & quid si confirmati non sint.* ibid.
3. *Codicillis quæ sint cum testamento communia: & in quibus a testamento discrepent.*

Sententia est non obscura, etiam extra testamentum omnem supremam voluntatem valere, dummodo adhibitis iis observationibus, quæ hic præscribuntur. Ait constitutio *omnem voluntatem*, qui-
1 bus verbis † significatur extra testamentum plures esse species supremæ voluntatis. Quæritur ergo, quæ sint? Id declaratur in hoc loco, cum dicitur, *voluntatem valere supremam, sive scriptis, sive sine scriptis conficiatur*. Unde rursum intelligitur non tantum in testamento nuncupato valere, *§. ult. Instit. de test. ordin. L. hac consultissima, §. per nuncupat. sup. de test.* Sed etiam extra testamentum, quicquid defunctus de sua voluntate testatus sit, etiam sine scripto, sed id ratum esse iis observatis, quæ hic traduntur. Quomodo igitur supremam voluntatem, quæ sine scripto conficitur, extra testamentum, & quo nomine appellabimus? Initio huius tituli dictum, proprie codicillos dici non posse; sed tamen obtinuit usu posteriorum Imperatorum, ut & hæc voluntas codicillus

cillus diceretur, *L. ult. sup. de bon. libert. L. generali, sup. de sacros. eccles.*

Constituit Theodosius eiusmodi omnem scripturam valere, sed hac conditione, si ea observata sint, quæ hic præscribun-
2 tur. Quid si codicilli sint nominatim † testamento confirmati, an in his quoque quæ hic præcipiuntur, adhiberi oportebit? Minime, quoniam quæ his codicillis relinquuntur, non tam codicillis relinqui intelliguntur, quam testamento, *L. assessores, de heredib. instit. L. institutio, de condit. inst.* Non obstat, quod hic in ultima voluntate exiguntur quinque testes, & quæ sequuntur. Nam adiicitur, *in omni voluntate, excepto testamento.* tam autem dictum, codicillis testamento confirmatis relicta, videri relicta testamento, non codicillis. Et ideo ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficiet, etiam secundum hanc constitutionem.

Quid si testamento nominatim codicilli confirmati non sint, & tamen defunctus una cum codicillis testamentum fecerit, vel ante, vel post codicillos, an in his idem dicendum? Movet dubitationem, quod huiusmodi omnes codicilli, etiamsi testamento confirmati non sint, tamen dicuntur ad testamentum pertinere, & testamenti ius sequi, *L. 3. §. ult. L. ab intestato, de iure codicil.* Respondeo: In iis non idem iuris esse, quod in codicillis nominatim testamento confirmatis, sed ita hos valere, si ea observata sint, de quibus hic. Movet me *L. heredes, §. 1. D. qui testam. facer. poss.* ubi traditur: *Si testamento facto testator aliquid mutaverit aut adiicere velit, omnia ex integro esse facienda.*

Unde intelligimus, quæcunque postea codicillis fient, etiamsi dixerimus, illis codicillis mutari testamentum, aut testamento adiici; tamen omnia ex integro facienda, ut ex testamento valeant. Superest igitur, ut si valere volumus tanquam ex codicillis, ea observari debeant, quæ hic præscribuntur. Non obstat, quod dicitur, hos codicillos ad testamentum pertinere: nam ut ad testamentum pertineant, prius codicillos esse oportet. Non erunt autem codicilli, nisi iure facti & ex præscriptione huius constitutionis.

In his, quæ hic observari iubentur, notandum est, quatuor † esse, quæ sunt cum 3
testamentis communia; tria esse, in quibus codicilli a testamentis discrepant, cum de solemnibus adhibendis agitur. I. Igitur hic exiguntur testes, ut in testamento. II. loco desideratur, ut testes adhibeantur ad codicillos, quo verbo significatur non esse idoneos testes in codicillis, nisi qui admoniti prius fuerint, se ad codicillos adhiberi, *L. heredes, §. in testamentis, D. qui testament. facer. poss.* Unde intelligimus etiam, hic quoque testes rogatos adhiberi debere, ut declaratur in *d. §. in testamentis.* Non obstat, quod hic dicitur, testes recte adhiberi, sive rogati sint, sive fortuito advenerint: nam non est necesse testes rogare, ut veniant, etiam qui fortuito intervenerunt, rogari possunt: sed interim cum interfuerint, moneri debent se adhiberi ad codicillos, quod nihil aliud est, quam eos rogare, ut testimonium præbeant. Hoc igitur & cum testamentis commune est. III. desideratur, ut coram iis negotium conficiatur, uno eodemque tempore, idest, uno contextu actionis. Hoc quoque cum testamentis est commune, *L. hac consultissima, supr. de testam. L. heredes, §. ult. D. qui testam. facere, poss.* Postremo in codicillis scriptis iubentur adhiberi testium subnotationes. Subnotare est subscribere, *L. pen. D. qui test. fac. poss.* Et hoc quoque cum testamentis est commune.

Sed tria discrepant: numerus testium, & conditio, & signa. In testamentis numerus testium est septem, *§. sed cum paulatim, Instit. de testam. ordin. d. L. hac consultissima.* Conditio testium in codicillis hæc est, ut quicunque non prohibentur in aliis caussis dicere testimonium hi non prohibeantur codicillis testes esse, sed non e converso: nam prohibetur mulier in testamento esse testis, in codicillis non prohibetur; proinde recte testis adhibebitur ex d. reg. *L. 1. de test.* Sed & hoc ipsum nominatim expressum est de muliere, *L. qui testam. §. mulier, D. qui testam. facer. poss.* Postremo signa testium desiderantur in testamentis: at in codicillis non desiderantur.

AD TITU-

AD TITULUM XXXVII.

COD. DE LEGATIS.

SUMMARIA.

1. *Legare unde dictum, & legare quid.*
2. *Legandi appellatio & generalis & specialis est.*
3. *Legare in genere quid sit.*
4. *Legare in specie quid.*
5. *Legatum est donatio testamento relicta.*
6. *Donare est aliquid in aliquem conferre gratis.*
7. *Legatum quid differat a contractibus, donationibus non gratuitis, hereditate, fideicommisso, libertate, tutela, relictis testamento, donationibus, &c.*
8. *Legatum an possit codicillis, ut testamento, relinqui.*
9. *Legati diversæ definitiones, & earum examen & enodatio, & n. 10.*

NOn solum hereditas, seu universitas & successio nobis acquiri potest testamento & codicillis, sed etiam acquiri possunt res singulæ, quæ testamento, aut codicillis leguntur, aut fideicommittuntur; unde ea dicuntur legata, aut fideicommissa, de quibus deinceps agitur, ut sciamus, quid sint, & quid in ipsis relinquere cuique defuncto liceat, & quatenus valeant, seu quem effectum habeant. Ac
1 prius de Legatis. Legare † *auctore Varron. Libr. 4. de legib.* dictum est a legendo, seu a delectu, ut sit cum delectu amandare a nobis, quod apud alios vice nostra fungatur, idque, ut usus loquendi docet, & idem Varro testis est *Lib. 5.* refertur & ad personas & ad res. Nam & personæ dicuntur legari & res legari. Cum ad personas refertur, legare est dimittere a nobis pro imperio aliquem, qui apud alios vice nostra utatur; unde Legati dicti sunt. Cum ad res refertur, legare est aliquid testamento relinquere, quæ significatio non multum a priore distat, certe ambæ eadem ratione coniunguntur. Nam quicquid testator constituit de re sua, id sublato testatore eiusmodi est, ut defuncti vicem obtineat apud eum, apud quem constituitur.
2 Legandi † appellatio & generalis & spe-
3 cialis est. Generaliter † legare est aliquid testamento de re sua constituere & relinquere, quomodo accepta est *L. 12. tabul.* in illis verbis, *uti quisque legassit*, id est, uti de re sua constituerit pro imperio & iussu. Unde verbis lis legis, quatuor hæc confirmari intellectum est: heredum institutiones, legatorum & libertatum donationes, item tutorum constitutiones, ut est in *L. verbis legis, de verb. sig.*

Generalis autem hæc significatio verbi intellecta est ex adiuncto, nempe ex verbo *uti*, quod significat *quodcunque* seu *prout*, ut sit sensus: *uti quisque legaverit*, id est, quodcunque erit, aut quodcunque decreverit de re sua, ita ius esto. Specialiter † legare est aliquid testamento 4
donare, qua significatione semper *Legati* verbum usurpatur, nisi ex adiuncto intelligatur sententia scribentis, quasi de omni alia re, de qua constituerit testator, loquatur & sentiat is, qui scribit. Hæc de verbo.

Res definitur multis locis. Definitio hæc traditur in *L. legatum, 36. de legat. 2.* Legatum † est donatio, testamento reli- 5
cta. Est autem † donare aliquid in ali- 6
quem conferre gratis. Id ergo legatum est, uti nunc de legato loquimur. Hoc verbo † separantur a legato contractus: 7
sunt enim contractus conventiones, non dationes. Huc pertinet *L. verba, contraxerunt, de verb. sig.* Distinguuntur item donationes omnes non gratuitæ. Præterea eodem verbo separantur omnia ala, quæ testamento relinquuntur ordinanturve, ut hereditas, fideicommissum, libertas, tutorum datio. Nam hæc omnia testamento relinquuntur, & in his datur aliquid, sed non sunt donationes. Hereditas non est donatio: nam sæpe in hereditate nihil est præter æs alienum; & tamen non eo minus hereditas est, *L. hereditas, de heredit. pet. L. hereditatis, de verb. sign.* Et quanvis hereditate adita heres nanciscatur dominium rerum omnium here-

hereditariarum, *L. cum hereditas, de acquir. poss.* Tamen hoc fit per consequentiam successionis; nam principalis successio acquiritur heredi, successionem sequuntur commoda & incommoda, *L. 1. & 2. & 3. de bon. poss.*

Eadem nota distinguuntur & fideicommissa a legatis, non tantum verbis: nam in fideicommisso testator nihil donat, ut initium fuit fideicommissorum. Est enim fideicommissum, cum quis fidei heredis, aut alterius committit, ut aliquid det, præstet Lucio Titio. Quod cum fit, neque testator ipse quicquam confert, neque eum, quem rogat, obstringit, ut det, ut olim ius erat de fideicommissis: poterat enim is, qui rogatus erat dare, si vellet; si nollet, nulla erat necessitas præstandi, uti declaratur *Instit. de fideicom. hered.*

Libertas quoque hac nota distinguitur a legatis. Nam revera libertas nulla res est, ut dici possit eam dari. Certe non est res, quæ æstimationem recipiat, *L. libertas, de reg. iur.* Præterea in donatione nihil invito acquiritur: at unusquisque servorum invitus libertatem accipit, *L. ult. §. fin vero quidam, infr. de test. manumiss.* Tutorum dationem non esse certum est; proinde hoc verbo intelligimus legata non esse.

Adiicitur, *testamento relicta*. Hæc verba adiiciuntur duarum rerum significan-
8 darum caussa. Primo, ut intelligatur, † ut olim ius fuit, legatum, nisi testamento, relinqui non posse, non vero posse codicillis, *§. præterea, Institut. de fideicommiss. heredit.* Quod tamen ius hodie sublatum est, de quo dicetur postea in comparatione legatorum & fideicommissorum sub Titulo, *de fideicom.* Deinde, ut intelligatur ita legatum donationem esse; ut tamen is, qui donat, non velit donatum, nisi post mortem suam fieri velit, *L. 1. qui test. facer. poss.* Hac nota discernitur legatum a cæteris donationibus non testamentariis, quales sunt donationes inter vivos & caussa mortis. Nam in his omnibus præsens præsenti iam nunc donat. De donationibus inter vivos nulla dubitatio est, *L. 1. de donation.* Sed & idem ius est in donationibus caussa mortis, ut expressum est in *L. inter, de donation. caussa mortis*. Idque satis demonstratur eo, quod dicuntur donationes caussa mortis ex pœnitentia revocari & condici: quæ donata sunt, non condicuntur, nisi iam ante tradita, *L. 1. L. senatus, §. donat. de mortis caussa donation.* In legato nihil tale est, nihil defunctus præsens præsenti legatario dat, sed post mortem dari vult.

Hæc definitio recta est, † etsi non ad- 9
datur *ab herede præstanda*, ut fit *in §. legatum, Inst. de legat.* non quod legatum non sit donatio ab herede præstanda, ut mox dicetur, sed quia in definitione solum explicatur quid sit legatum. Quomodo autem fiat, ut iure valeat, ad definitionem non pertinet necessario, sed in præceptis iuris, de relinquendo, postea traditur.

Alia definitio exstat in dicto §. *legatum, Institut. de legat.* aliis verbis concepta, sed idem exprimentibus: *legatum*, inquit Iustinianus, *est donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda*. His verbis, *relicta a defuncto*, declaratur illud, quod supra dixi, legatum ita donationem esse; ut tamen defunctus nolit quicquam donatum, nisi post mortem suam. Id *defuncti* verbum significat, id significat etiam verbum *relinquendi*, quod solum ad ea pertinet, quæ post mortem nostram relinquimus, *L. 1. §. ult. de tabul. exhib.* Non dicit, *testamento relicta*; quoniam, ut dixi, satis est definire, quid sit legatum, etiamsi non adiiciatur, ubi legatum relinqui possit. Adiicitur, *ab herede præstanda*. Quæ verba quidam ascititia putant, & non satis legato convenire, argumento prioris definitionis moti, in qua hæc verba prætermissa sunt: sed non recte iudicant, qui hæc verba repudianda existimant. Nam si repudiantur ut falsa, pessime repudiantur. Ut enim legatum olim non potuit relinqui, nisi testamento; ita non potuit relinqui, nisi ab herede: a legatario legari non potuit, *Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.*

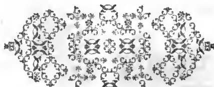
Ut igitur in priori definitione recte additur *testamento*; quia non potuit legatum relinqui, nisi testamento; ita in posteriore additur, *ab herede præstanda*, quoniam non potuit legatum relinqui, nisi ab herede; & quoniam etiam simpliciter legatum relictum, ab herede præstandum fuit, ut perveniret ad legatarium. Nam certi iuris est, legatarios non posse legata sua auctoritate occupare, sed voluntate heredis debere præstari. Quod si sua auctoritate occupaverint, constitutum est heredi interdictum, de legatis ita occupatis revocandis, *L. 1. quod legat.* ut nihil sit verius, quam legatum ita relinqui debuisse, ut præstaretur ab herede, & relictum debere præstari ab herede.

Quod † superiora verba repudiantur 10
tanquam supervacanea, necesse est, ut eadem ratione reiiciamus definitionem Floren-

rentini in *L. legatum. L. 16. de leg. 1.* Cuius definitio idem plane expressit, quod Iustiniani continetur. Definitio hæc est: *legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Significat donationem esse legatum, cum ait, *esse id, quod testator collatum velit.* Significat a defuncto relictum esse, cum ait, esse delibationem hereditatis, idest, id, quod delibatur, & deciditur ab hereditate. Nam hereditas viventis non est, sed defuncti, *L. 1. de heredit. vel act. L. hereditas, de reg. iur. L. nihil aliud est, D. de verb. signific.* Significat ab herede esse præstandum, cum ait, *esse delibationem hereditatis ex eo, quod universum foret.* Non deciditur quicquam ab eo, quod universum heredis foret, nisi quod ab herede deciditur, & præstatur. Ergo quod relinquitur a legatario, vel fideicommissario, id non deciditur ab eo, quod heredis foret, sed ab eo, quod foret legatarii, aut fideicommissarii.

Non obstat, quod defunctus adhuc vivens legatum testamento relictum præstare potest, *L. Lucius, de legat. 2.* Nam in definitione Iustiniani non dicitur, legatum esse donationem, quæ præstabitur ab herede, sed esse donationem ita relictam, ut præstanda sit; quia ab initio hoc animo relictum sit, ut ab herede præstetur; quod multis tamen modis contingere potest, ut ne præstetur, vel quia testator legatum adimat, vel quia res legata perierit, vel quia decesserit legatarius vivo testatore, vel quia conditio defecerit, sub qua legatum erat: neque eo minus verum est, legatum ab initio fuisse & constitisse. Nam in initio legati animum spectamus relinquentis, non eventum legati. Non obstat etiam, quod legata testamento relicta statim fiant legatarii sine opera & traditione heredis, postquam testator mortuus est, *L. a Titio, D. de furt.* Nam etsi revera dominium ad legatarium transeat; nihilominus tamen res ab herede legatario præstanda est, alioqui revocabitur legatum interdicto, quod bonorum ut supra dictum. Nihil igitur verius, quam legatum esse donationem a defuncto relictam, ab herede præstandam.

Sed cum definitio carere potuerit his verbis, an non hæc verba supervacanee addita videri possunt? Respon. Si necessitatem spectamus, non fuit necesse addere ad definitionem; nam & sine his intelligitur, quid sit legatum, etiamsi non intelligatur, ubi aut a quo præstandum sit. Sed si spectemus commoditatem explicationis, commode hæc verba adiecta sunt, ut intelligeremus non posse relinqui legatum, nisi ab herede, ut olim ius fuit. Et præterea ut intelligeremus, in qua parte discernerentur legata a fideicommissis. Nam fideicommissa ab herede relinqui potuerunt, sed non fuit necesse; nam & possunt relinqui a legatario & fideicommissario. Quid legatum differat a fideicommisso, infra dicetur, ubi de natura fideicommissorum tractabitur.



Ad L.

Ad L. Quamvis. 1.

Imp. Antoninus Pius A. Libertis Sextiliæ.

Quamvis verbis his, quoad cum Claudio Iusto morati essetis, alimenta vobis & vestiarium legatum sit: tamen hanc fuisse defuncti cogitationem interpretor, ut & post mortem Iusti Claudii eadem vobis præstari voluerit. Sine die & consule.

S U M M A R I A.

1. *Species huius legis prima.*
2. *Conditio quibus casibus pro impleta habeatur.*
3. *Mortuo Iusto, cum quo legatarii morari debebant ex conditione, exstiterit ne conditio, aut an pro impleta habenda sit.*
4. *Stichus liber esse iussus sub conditione, si heredi anno uno servierit, an si ægrotus servire nequierit, nihilominus liber futurus sit.*
5. *Servire qui intelligantur.*

1 ALimenta † libertis relicta sunt hac conditione, *si cum Iusto Claudio morati essent*, non dubitatur, quin alimenta libertis præstanda sint, sive morati sint cum Iusto, sive per Iustum steterit, quo minus morarentur. Nam priore casu conditio impleta est: posteriore non est impleta, sed perinde habetur, quasi impleta esset; quoniam per eum stetit, quo minus impleretur, in cuius persona implenda fuit. Sed mortuo Iusto quæritur, an eadem alimenta libertis præstanda sint? Non abs re quæritur: nam secundum verba & regulam iuris, de conditionibus, quæ pro impletis habentur, alimenta non debentur. Observandum est enim alimenta esse relicta sub conditione, & eam conditionem in proposito non videri exstitisse: non enim potuerunt liberti morari cum Iusto, ubi Iustus mortuus esset. Itaque hoc relinqui videtur, ut conditio non impleta tamen pro impleta habeatur, quod regu-
2 læ iuris non ferunt. Nam † conditio pro impleta habetur duobus tantum casibus. I. Si stet per eum, cuius interest conditionem non impleri, idest, per heredem, aut eum, qui legatum præstaturus est, *L. iure, de reg. iur.* Alter casus est, si per eum stet, in cuius persona conditio impleri debuit, ut si legatum relictum sit Titio, si decem Sempronio daret, si Sempronius arrogaret, & Titius interpellatus recusavit accipere, aut se adrogandum dare, legatum debebitur, quasi impleta conditione, *L. 3. L. si quis testamento, de cond. Instit. d. L. 5. quando dies leg. ced.*

At si per eum, in cuius persona conditio implenda est, non fiat, quo minus conditio impleatur, conditio deficit, nec legatum debebitur: veluti si is, in cuius persona conditio implenda fuit, ut in proposito Iustus, decesserat. Exempli caussa. Legata sunt Titiæ decem, si Sempronio nupserit, aut instituta est heres eadem conditione: Sempronio mortuo, Titia conditione defuncta est, nec quicquam ei debetur, *L. cum ita datur, 94. de cond. & dem. L. legatum, de cond. insert. L. 1. sup. de Instit. & substit.* & tamen in specie proposita, ubi alimenta legata sunt, hæc conditio, *si legatarii morati sint cum Iusto Claudio, filio, matre testatoris & similibus*, placet quanvis mortuo Claudio, item filio & matre, nihilominus alimenta deberi: quanvis verum sit, legatarios cum mortuo morari non posse, ut sic videantur deberi legata, quanvis deficiente conditione, *L. annua, de annuis legat. L. illis, de cond. & demonstr.*

Vulgo existimant id fieri in hac specie singulari favore legatariorum & alimentorum. Non recte: nam sive alimenta, sive quid aliud relinquatur sub conditione, spectari non debet quid relinquatur, aut cui, sed an conditio extiterit. Quod enim sub conditione relinquitur, non debetur, nisi aut conditio extiterit, aut habeatur pro impleta: Ita in proposito hoc solum quærendum est, an † mortuo Iusto, cum quo legatarii morari debebant ex conditione, extiterit, nec ne conditio, aut an pro impleta habenda sit? Et frustra elle- 3

ctum

ctum esse pro impleta haberi non debere. Dicendum est enim in omnibus iis conditionibus, quæ ex facto legatarii & alterius communiter pendent, mortuo eo, in cuius persona impleri debuit conditio, si per eum non steterit, quo minus impleretur, conditionem defecisse, nec legatum sub ea conditione relictum, deberi, *d. L. 1. sup. de Inst. & subst. L. legatum, infr. de cond. insert. L. in testamento 3. de cond. & demonstr.* Nec refert, utrum res aliæ legatæ sint, an alimenta, *L. Seio, D. de an. leg.* Sed propriam & singularem rationem esse huius conditionis, *si legatarii morati sint cum filio, matre, Iusto Clandio:* ut mortuis iis, cum quibus legatarii morari debent, conditio exsistat, dummodo per legatarios non steterit, quo minus eum vivis morarentur.

Ratio sequitur in *d. L. illis, de cond. & demonstr.* quippe in hoc genere conditionum testator secundum verba exigit a legatariis, ut morentur cum iis, aut illis; re autem vera & secundum sententiam exigit tantum a legatariis obsequium commorandi. Vult enim eos commorari cum Iulio Claudio & similibus, ut illi obsequium & observantiam eo facto exhibeant. Obsequium autem non est in facto commorandi, sed in propensione voluntatis, idest, obsequium ex hac conditione præstitit, qui cupiens morari aliquo casu impeditur, quo minus moretur: quod rursum innuit Paulus in ratione data in *d. L. illis*. Qua ratione efficit mortuo Iusto, aut iis, cum quibus liberi morari debuerunt, conditionem non videri defecisse. Id evidentius significat explicatio *L. 4. §. Stichus si hered. de statu liber.* ubi Stichus
4 † iubetur esse liber, si heredi anno uno servierit; & placet, quanvis ægrotus per totum annum servire non potuerit, nihilominus liberum futurum hac conditione nominatim adiecta, quia servitium hic exigitur in servo.

Servire autem † etiam illi nobis intel- 5
liguntur, qui cupientes servire, per valetudinem impediuntur. Quo significatur servitium & obsequium omne esse in eo, ut cupiant servire & obsequi, etiamsi casu impediantur. Quod & iuris est in alimentis legatis sub hac conditione, *si liberti cum Iusto Claudio, &c. morati sint.* Sed idem iuris esse placuit, non aliter, si ita relictum, *quoad* liberti cum Iulio Claudio morati sint. Quod hic rescriptum est, & refertur planius rescriptum in *L. Caio, §. de alimen. & cib. leg.*

Potuit tamen hoc in hac specie posteriore secus videri, quasi hoc verbo, *quoad*, tempus præstitutum sit, ad quod usque deberentur alimenta, ut consequens sit, post id tempus non deberi. Sed non est ita: nam iis verbis, *quoad liberti morati sint*, significatur tempus, non quoadusque morentur, sed per quod morentur. Perinde est enim, quasi dictum esset, *libertis alimenta volo præstari, quamdiu, seu per omne id tempus, cum morati fuerint cum Iusto Claudio, &c.* Nihil interest inter has conceptiones, *cum* morati fuerint, & *si* morati fuerint. Priori conceptione exprimitur tempus, sed per tempus incertum significatur conditio. Non enim erit tempus, cum liberti morentur, nisi si morentur. Posteriori conceptione exprimitur conditio, sed per conditionem exprimitur tempus; non enim exsistet, ut liberti morentur, nisi per aliquod tempus, quo morabuntur. Traditur hoc in *L. si Titia, D. quando dies leg. ced. L. quodcunque, §. pen. de verbor. oblig.* Et hoc est, quod dicitur, diem incertum in testamentis conditionem facere. *L. dies, D. de condit. & demonstr.*

Digitized by Google

Ad L. Quamvis. 2.

Impp. Severus & Anton. AA. Sabiniano,

Quamvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata & fideicommissa ab eo peti possunt: & quod eo nomine datum fuerit, venditor ab emptore, vel fideiussoribus eius petere poterit. PP. X. Kal. Sept. Laterano & Rufino Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Heres an vendita hereditate nihilominus legatariis teneatur.*

QUæconque legata testamento, aut codicillis relinquuntur, etiamsi non relinquantur nominatim ab herede vel scripto, vel legitimo, dummodo non relinquantur nominatim a legatario, aut fideicommissario, omnia ad onus hereditatis pertineot, & ab eo præstanda sunt, quod declaratur hic, eum dicitur, legatum esse ab herede præstandum, *§. legatum, Inst. eod.* Item esse delibationem hereditatis ex eo, quod universum heredis foret, *L. legatum, de legat.* 1. Hanc obligationem suscipit in se heres, cum hereditatem adit. Nam hoc facto intelligitur primo suscipere personam defuncti; deinde se obstringere in hoc, ut pareat voluntati defuncti; unde hereditatem adeundo dicitur contrahere cum legatariis & creditoribus hereditariis, *§. quoque, Inst. de obl. quæ ex quasi contract. L.* 3. *in fin. quibus ex caussis in possess. eat.* Hac obligatione suscepta non potest heres ullo suo facto se ea obligatione eximere, *L. si servum, §. nunc videamus, de verb. obl.* Quippe deteriorem conditionem alterius facere non potest, repugnante regula iuris & natura, *L. solvendo, de negot. gestis.* Quod si ita est, consequens est, † quod hic dicitur, heredem, quamvis hereditatem vendiderit, nihilominus adhuc legatariis teneri; neque enim potuit se sua venditione ea obligatione, qua tenebatur, liberare. Sane omne lucrum & damnum hereditatis ad emptorem respicere debet, ut est in *L.* 2. *§. sicuti, de hered. vel act. vend.* Sed hoc ita est, ut debeat ad eum respicere secundum conventionem: hactenus tamen, dum conventio aliis non noceat. Ergo si heres vendidit hereditatem, & convenitur a legatariis, iis reddere cogitur & legata iis præstare; sed iis præstitis regressum habet ex vendito adversus emptorem hereditatis, ut hic dicitur, & plenius explicatur in *L.* 2. *sup. de hered. vel action. vend.* 1

Ad L.

Ad L. Qui post. 3.

Impp. Severus & Antoninus AA. Victorino.

Qui post testamentum factum prædia, quæ legavit, pignori, vel hypothecæ dedit, mutasse voluntatem circa legatariorum personam non videtur. Et ideo etiam si in personam actio electa est: recte placuit ab herede prædia liberari. PP. VI. Kalend. Maii, Gentiano & Passo Coss.

S U M M A R I A.

1. *Legatum relictum an a testatore revocari possit.*
2. *Legatum quomodo revocetur, an ut verbis, ita etiam factis & re ipsa, quomodo.*
3. *Res legata pignori data an nihilominus adhuc debeatur.*
4. *Heres, si fiat ei controversia hereditatis, an legatum solvere cogatur.*

1 Legatum † quamvis ab initio recte relictum nihilominus a testatore revocari potest, ut revocatum non magis debeatur, quam si omnino relictum non esset. Ambulatoria est enim voluntas testatoris usque ad ultimum vitæ spiritum, *L. 4. D. de adim. Legat.* Nec tantum testamentis, aut codicillis rite confectis revocari legatum potest, sed etiam nuda voluntate, usque adeo; ut si capitales inimicitiæ inter testatorem & legatarium, hoc ipso legatum non debeatur, ut tacita voluntate revocatum, *L. 3. §. ultim. de adim. legat.*

2 Revocatur † autem legatum non tantum verbis, & aperta voluntate, sed etiam rebus ipsis & factis. Verbis, ut si testator nominatim adimat legatum, aut in alium transferat: nam alii dando eandem rem, priori eam adimere intelligitur, *Instit. de adim. leg.* Re & facto, intelligitur iis modis, si rem legatam sustulerit, veluti si ædes a se legatas deiecerit, *L. si legatum, § ultim. de legat. 1.* Deinde si rem legatam transtulerit in aliam speciem, quæ ad priorem materiam reverti non possit, veluti, si legarit lanam certam, & ex ea postea vestem fecerit, *L. lana, de legat. 3.* Postremo, si rem legatam testamento alienaverit, *L. si ex toto, 8. in princ. de legat. 1.* In qua specie tamen adiicitur hæc conditio, si modo testator adimendi animo alienet, quæ conditio est in *§. si rem, Instit. de legat.* Hic autem animus declaratur hac distinctione, quæ ob id aliis locis exprimitur. Nam si testator rem alienavit sine necessitate rei familiaris, hoc ipso existimatur revocasse legatum, quasi adimere voluerit; & ideo, quia rem legatam postea alii donaverit, fecit, ut legatum amplius non debeatur, *L. rem legatam, D. de adim. legat.*

Quod si propter necessitatem rei familiaris alienaverit, non creditur adimere voluisse, nisi aperte probetur, dicta *L. rem legatam, L. fideicommissa. 11. §. si rem, de legat. 3.* Hinc consequens est, quod hic traditur, si testator † rem a se 3 legatam postea pignori, vel hypothecæ dederit, nihilominus adhuc legatum deberi, quod idem traditur in *d. §. si rem, Instit. de legat.* Ratio ex superioribus distinctionibus: nam quisquis rem familiarem pignori obligat, vel ideo facit, ut pecuniam a creditore accipiat, qua indiget, vel ut cum prius pecuniam deberet, satisfaciat creditori suo, pignus dando, ne rerum suarum distractionem pateretur.

Desunt hic in Autographo Donelli tres paginæ integræ.

Legatum ab herede deberi diximus ad *L. 2. supr.* Ita id debetur, ut præstari debeat, quamvis heres controversiam hereditatis metuat. Sed etsi † controversiam he- 4
redis iudicio patiatur, nihilominus legata præstare debet, ut hic rescriptum est. Veluti, cum extitit aliquis, qui testamentum accusaret tanquam falsum, quæ species est hoc loco proposita. Sane hoc casu cum iudicio agitur adversus heredem, & fit ei hereditatis controversia, non aliter cogi-

cogitur solvere legata legatariis, quam si caveant se legata restituturos, si hereditas heredi evincatur; quod hic quoque adiectum est. Idque fieri aiunt Imperatores secundum Iurisdictionis formam, idest, secundum quod in similibus controversiis ius dici solet, ubi vel hereditas, vel legatum petitur ab eo herede, cui alio iudicio fit controversia hereditatis, *L. penult. D. de petit. hered. L. is a quo, D. de rei vindic.* Sed non exigitur hæc cautio a legatariis aliter, quam si fiat controversia hereditatis heredi.

Non obstat, quod interdum legatarii cavent heredi, se legata restituturos, quanvis nulla fiat controversia heredi de hereditate: quod fit, cum periculum est, ne sit locus Legi Falcidiæ, & legatarii plus capiant, quam per legem Falcidiam licet, *L. 1. si cui plus, quam per legem Falcid.* Nam hæc cautio in hoc casu solum recepta est. Idque est, quod Imperatores significant in extremis verbis huius rescripti.

Ad L. Cum alienam. 10.

Imp. Alexander A. Ingenuæ.

Cum alienam rem quis reliquerit, siquidem sciens: tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum, seu fideicommissum meruit, peti potest. Quod si suam esse putavit: non aliter valet relictum, nisi proximæ personæ, vel uxori, vel alii tali personæ datum sit, cui legatum esset, & si scisset rem alienam esse. PP. V. Kal. Feb. Albino & Maximo Coss.

SUMMARIA.

1. *Res aliena an legari possit.*
2. *Res aliena legata an semper debeatur, sive testator alienam esse sciverit, sive non: & si debeatur, quid petendum sit ex hac caussa, num. 3.*

DE re aliena legata tria quæruntur: An res aliena legari possit, an legata debeatur, & si debeatur, quid petendum sit ex hac caussa. De primo ius
1 certum est, Non † solum rem propriam testatoris, sed etiam alienam legari posse, *§. non solum, Instit. de legat.* Non obstat, quod L. 12. tabul. fecit tantum mentionem & potestatem legandi de suo, *L. verbis legis, D. de verb. sign. L. testandi, sup. de testam.* Nam & qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur. Onerat enim heredem, ut rem redimat, & redemptam præstet; sic enim fit, ut eam rem possit præstare. Ideo placet, re aliena legata, heredem hanc redimere, & ita præstare debere, *d. §. non solum.*

Quid si dominus eam rem nolit vendere heredi? Hic prima fronte videbitur liberari heres; nam eam rem debet, quæ est in eius potestate, neque esse potest invito domino: impossibilium autem nulla est obligatio, *L. impossibilium, de reg. iur.* Rursus non debet æstimationem, quia res, non æstimatio legata est. Sed placuit hoc casu, ubi dominus heredi rem non vendit, aut plus iusto vendit, heredem æstimationem afferre debere, *L. non dubium, §. ult. L. qui quatuor, §. ult. D. de legat. 3.* Unde sumptum est, quod dicitur de eadem re in *d. §. non solum.* Non obstat, quod æstimatio legata non est; nam res legata est, quam idcirco heres præstare debet; si non præstat, nihil relinquitur, nisi ut pro re præstet æstimationem, ut accidit, quotiescunque rem debitam debitor non præstat, *L. in re furtiva, de condict. furti, in pr. §. 1.* Si quis dicat rem ipsam non deberi, quoniam impossibilium nulla obligatio.

Respondebimus, non esse impossibilem rei alienæ præstationem; quoniam, etiamsi dominus voluntate sua non vendat; natura tamen res vendi potest, vel ab eodem domino mutata voluntate, vel ab alio, ad quem ea res pervenit. Non est impossibile impedimentum, nisi quod natura impossibile est, & solum id impedimentum obstat obligationi, quod est naturale, *L. continuus, §. illud, de verb. oblig.* Quod

Digitized by Google

Quod secundum est, de eo ita constitutum hoc rescripto. Non semper † rem alienam legatam deberi, sed in eo hanc distinctionem esse; interesse, utrum quis rem alienam legans sciverit rem alienam esse, an vero suam esse putaverit. Si scivit rem alienam, debebitur ita, ut supra dixi. Quod si res tota aliena legata debetur; multo magis si in ea re legata pars solum erit aliena, ea pars debebitur, si testator alienam scivit. Obstat *L. 5. §. ult. de legat.* 1. ubi si testator fundum communem legavit, idest, ex parte suum, & ex parte alienum, placet solum ex hoc legato partem deberi, quæ fuit testatoris; partem alienam non deberi, quanvis testator alienam esse non ignoraverit. Respond. Ex verbis eius loci apparet, id ideo responderi, quia testator fundum legando nominatim adiecit, *meum*, ut dicebat, *fundum Tusculanum meum do, lego*. Ex hac adiectione manifestum est, testatorem nihil amplius voluisse legare, quam id, quod suum erat. Idem responsum esse volumus ad *d. L. si domus*, §. *ult. de leg.* 1. ubi fundus erat proprietate municipum, iure autem erat vectigalis fundus testatoris; id quid sit, cognoscitur ex *L.* 1. & 2. *si ager. vectig.* Testator enim fundum legavit, & adiecit, *fundum illum meum vectigalem do, lego*. Quia adiecit *vectigalem*, placet nihil amplius deberi in eo fundo, quam ius vectigalis fundi: proprietatem autem de municipibus redimi non debere, ut ea præstetur legatario; quia scilicet hoc verbo, *vectigalis fundus*, declaravit testator, se nolle fundum legare, nisi quatenus esset vectigalis. Cæterum ubi simpliciter testator rem alienam legavit, quam sciat alienam esse, hæc legatario debebitur ex hoc loco, non solum, si tota res aliena erit, sed multo magis, si aliena erit tantum pro parte. Quod si testator putavit rem suam esse, quam pro sua possidebat bona fide, hæc non debebitur, & si forte præstita, evicta erit a legatario, legatarius de evictione agere non poterit, quia nec a principio res debebatur, ut hic scriptum est, & *in d.* §. *non solum*. Sed cur hoc loco res aliena legata non debetur, cum testator eam legare potuerit, & verbis legaverit? Respondeo: Ideo non debetur, quia testator legare noluit. Ad supremam enim voluntatem non sufficit scriptum, nisi etiam accedat voluntas testatoris, *L. quoties*, 9. *de hered. Inst.* Sed unde colligimus testatorem noluisse? Quod scriptum est in *d.* §. *non solum*, vers. *quod diximus*, ideo rem non deberi, quia fortasse, si testator scivisset esse alienam, non legasset: hæc ratio non est satis sufficiens, sed indiget alia ratione: dici enim potest statim: fortasse, etiamsi scivisset testator esse alienam, legasset; nam etiam hoc contingere potest, & in obscura voluntate testatoris procliviores esse debemus pro legato, & plenius voluntatem interpretari, *L. in testamentis, de reg. iur.* Dicendum est igitur ideo testatorem videri legaturum non fuisse, si scivisset, quia erravit in dominio rei legatæ: non consentiunt autem qui errant, *L. si per errorem*, *D. de iurisd. L. 2. in pr. de iudic.*

Huic parti opponitur *L. si domus*, §. *de evict. de legat.* 1. ubi his verbis definitum est: quoties res legata sine iudicio præstita, evicta est, heres eam perere potest ex testamento. Dicitur, *quoties*, ex quo colligi videtur id dicendum esse, sive testator sciverit rem alienam esse, sive ignoraverit, ac deinde quia aliena erat, evicta est. Respond. id ex eo colligi nec debet, nec potest. Nam non quæritur eo loco an res legata evicta præstanda sit, sed si res legata evicta præstanda est; quando præstanda sit, & quando heres ob evictionem teneatur? Et respondetur, si heres ob evictionem rei legatæ tenetur, non alias tenetur, quam si eam rem præstiterit, sine iudicio, idest, extra iudicium, sententia iudicis non coactus. Quod si ea res iudicio petita sit; & heres sententia damnatus eam rem præstiterit: non tenebitur ob evictionem, si forte res postea legatario evicta sit: nisi heres caverit, se evictionem præstiturum: & ob hanc caussam inquit Africanus eo loco: cautio evictionis hoc casu necessaria est legatario. Hinc apparet hoc omne dici sub conditione, si res legata in ea caussa fuerit, ut ea evicta heres teneatur: quod interdum contingit, puta si servus exempli gratia generaliter legatus sit, non nominatim, *L. heres servum*, *D. de evict. L. si a substituto* §. *ult. de leg.* 1. Idem iuris est, si res aliena certa legata sit, quam testator sciverit alienam, heres autem, ut eam præstaret, redemit a possessore non domino, deinde a vero domino evicta est.

Rata igitur erit hæc sententia, cum quis legat rem alienam, quam suam putat, regulariter eam non deberi, quia deficit voluntas. Sed hoc sic accipiendum est: nisi verisimile sit, testatorem rem legaturum fuisse, etiam si alienam esse non ignorasset; quæ coniectura voluntatis in quibusdam caussis admissa est, alias ex re, quæ legatur, alias ex persona eius, cuius res est, alias ex persona legatarii. Ex re, quæ legata est, cum libertas relinquitur ser-

servo alieno, quem testator suum putat. Nam si testator iubeat heredem hunc servum manumittere, tametsi videatur ignorans reliquisse libertatem alienam, idest, potestatem manumittendi, quæ aliena est; nihilominus placet heredem debere servum redimere, & ita manumittere, idque favore libertatis, *L. Paulus respond. D. de fideic. libert.* Ex persona eius, cuius res est, cum res heredis legata est. Quanvis enim testator eam rem suam esse putaverit, nihilominus ab eo legata debebitur, coniectura voluntatis ex persona ducta; quia heres eam rem præstare potest facile, quanvis non redimatur, *L. unum, §. si rem, de leg.* 2. Ex persona legatarii, cum aut persona iuncta est sanguine, aut matrimonio, ut uxor; aut amicitia; aut cum alicui aliquid legatur propter merita, ut præceptori, procuratori, vel institori. Quod tamen dicitur, legatum deberi, ubi res aliena proximæ personæ legata est, quam testator suam putavit, tunc locum non habet, cum res legata est ab ea persona, quæ eodem modo coniuncta sit defuncto. Exempli gratia: pater filiis suis heredibus institutis, uni prædia quædam prælegavit, quæ sua esse existimavit; deinde evincuntur. Secundum exceptionem supra scriptam, & quæ hoc loco traditur, dici debuit, filium petere posse hæc prædia a fratribus coheredibus, pro portionibus eorum hereditariis; quia etsi pater putaverit sua esse, quæ erant aliena, tamen proximæ personæ legata sunt, & secundum eam exceptionem debentur, non secus, quam si pater scivisset rem esse alienam. Et tamen placuit in hac specie filio evictis prædiis actionem non esse, *L. cum pater, §. evictis, de legat.* 2. Ratio responsi hæc est: qui si hæc prædia peti possunt, necesse est ea peti a fratribus coheredibus, quæ sunt personæ defuncto eodem modo coniunctæ, ut is filius, cui prædia legata sunt: si testator filio legatario consultum voluit fratribus quoque consultum voluit, ut liberarentur: ubi par omnium caussa est, procliviores debemus esse ad liberandum, *L. Arrianus, de obl. & act. L. favorabiliores, de reg. iur.* Et ideo dicemus idem, si filio herede instituto testator prædium alienum, quod suum putabat, legaverit alicui cognato suo, vel intimo amico, nempe prædio evicto legatum non deberi; quia ut coniuncta persona est, cui legatur, & coniuncta est, a qua legatur. In pari autem caussa potior debet esse causa debitoris, *L. si servum, §. sequitur, de oblig. & act.*

Quod ad petitionem † attinet rei alienæ legatæ, declaratur hoc rescripto: quoties res aliena legata debetur, hanc ex testamento peti posse. Idem declaratur in *L. si domus, §. de evictione, de legat.* 1. Et merito hæc res petitur, quanvis non sit in potestate heredis; hæc enim sola debetur, non eius rei æstimatio: res enim, non æstimatio legata est. Actio autem est ius persequendi iudicio, quod nobis debetur, *§. 1. Inst. de act. L. nihil aliud, de obl. & act.* Itaque receptum est, quod vulgo placet in hac specie petitionem ita concipi debere, ut legatarius rem petat sibi dari, aut rei æstimationem. Non enim potest peti, quod sibi non debetur: non debetur æstimatio, quæ legata non est. Nec ad rem pertinet, quod heres æstimationem præstare potest & debet, si rem non redimat: nam æstimationem præstat officio iudicis, non ut debitum, nempe æstimationem pro re debita, ut expressum est in *L. qui quatuor. 30. §. ult. de legat.* 3. 3

Ad L.

Ad L. Filia, 11.

Imp. Alexander A. Albiniano.

Filia legatorum non habet actionem, si ea, quæ ei in testamento reliquit vivus pater, postea in dotem dederit. PP. V. Non. Mart. Pompeiano & Pelign Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Legatum an extinguatur, si ea, quæ in testamento pater vivus reliquit, postea filia in dotem dederit.*

Si testator rem a se legatam vivus legatario dederit, legatum extinguitur, veluti solutione, sive speciem ipsam præstiterit quam legavit, sive dederit tantundem, cum pecuniam legasset; aut dederit huius rei pretium. Hæc sententia & ad extraneos pertinet, quibus quid legatum est, de quibus in *L. Lucius, D. de legat.* 1. Sed etiam † ad filiam, cui dos
1 legata est, ut hic rescriptum est, tametsi & persona filiæ & legatum dotis singularem favorem mereri videbantur. Ratio est; quia solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio, *Inst. quib. mod. toll. obl.* In hac autem specie etsi vera solutio non fit; quoniam non est solutio, nisi rei debitæ, non debetur legatum, nisi mortuo testatore: tamen destinatione animi testatoris res ab eo legata, itidem ab eo quodam modo debetur, quia vult eam præstare: & cum eam præstat, eo facit, ut ea velut obligatione liberetur.

Ad L. Cum responso, 12.

Imp. Gordianus A. Mutiano.

Cum responso viri prudentissimi Papiniani, quod precibus insertum est, præceptionis legatum, & amissa parte hereditatis vindicari posse declaretur. Intelligis desiderio tuo, iuxta iuris formam esse consultum. Verba vero responsi hæc sunt: filiæ mater prædium ita legavit: Præcipito, sumito extra partem hereditatis. *Cum hereditati matris filia renuntiasset: nihilominus eam recte legatum vindicare visum est. PP. Constitutio V. Idus Iul. Sabino II. & Venusto Coss.*

S U M M A R I A.

1. *Duobus heredibus institutis, si uni aliquid ex his prælegetur, tota res prælegata ad ligatarium pertinet, sive hereditatem adierit, sive omiserit.*
2. *Heres, qui noluit adire, cur non videatur impugnare iudicium defuncti.*
3. *Heredi hereditatem omittenti an legatum debeatur.*

1 Quoties duobus heredibus institutis, uni † ex his aliquid prælegatur, placet totam rem prælegatam ad legatarium pertinere, non tantum si hereditatem adierit, de quo nulla dubitatio est, sed etiam si hereditatem omiserit: quisquis

quis is erit heres, sive extraneus, sive filius, ut hic cautum est, *L. qui filiabus* 17. *§. ult. L. filio*, 87. & *seqq. de legat.* 1. Sed huic heredi hereditatem omittenti quædam obstant. Ac primum videtur a toto legato removeri debere, quia iudicium defuncti impugnavit: qui iudicium defuncti impugnat, idest, qui contra facit, quam testator iussit, is legatum testamento relictum amittit, *L. post legatum, in pr.* & *§. omittere, D. de his, quibus ut indign.* Heres autem iussus heres esse, iudicium defuncti impugnat, cum hereditatem omittit; quia facit contra quam testator iusserit. Proinde etiam legato sibi relicto carebit. Hanc obiectionem sensit Papinianus & diluit in *d. L. filio*, 87. *de legat.* 1. Diluit autem hoc modo; quia non videatur impugnare iudicium defuncti, qui iustis rationibus noluit hereditariis oneribus implicari.

2 Sed amplius † quæro, cur qui hoc noluit, non videatur impugnare iudicium defuncti, cum sive iustis rationibus, sive nulla ratione hereditatem omittat, semper faciat contra, quam facere iussus est. Respondeo, non video heredem hereditatem omittentem facere contra iudicium defuncti, si ideirco omittat, ne implicetur oneribus hereditariis, id quod Papin. sensit. Non obstat, quod is iussus est heres esse. Nam iussus est pro commodo suo, si ei expediret, dummodo defuncto alius heres exstitisset, proinde nihil adversus hoc iudicium facit, qui non putat sibi expedire adire hereditatem. Ita prior obiectio remota, qua effici videbatur heredem in proposito omittentem hereditatem etiam relictum sibi legatum amittere. Sed superest altera. Nam si a toto legato non removetur, at saltem videtur removeri a parte, quæ ab ipso relicta erat. Nam legatum testamento simpliciter relictum debetur ab omnibus heredibus pro portionibus hereditariis. Proinde cum in specie proposita proponantur duo heredes instituti, & uni prædium esset prælegatum: intelligitur hoc prædium partim a coherede relictum esse, partim ab eo ipso herede, cui prædium relictum est; ergo partem prædii a coherede recte capiet is, qui hereditatem omittit. Sed alteram partem, quæ ab ipso relicta erat, non videtur posse capere: nam aut ei debebitur ea pars iure hereditario, aut debebitur iure legati. Iure hereditario ei deberi non potest, quia non est heres: omisit enim hereditatem: Rursum iure legati non videtur ei deberi posse, prohibente regula iuris, qua efficitur, heredi a seipso legari non posse, *L. legatum*, 116. *§. 1. de legat.* 1. Respondeo: In proposito non videtur pars heredi omittenti hereditatem, legari ut heredi, quoniam heres non est; multoque minus legari ei a seipso, cum non sit heres, nec quisquam obligetur legatis, nisi heres.

Hic occurritur. Nam etsi nunc heres non sit, cum hereditatem omittit; tamen ab initio, cum ei legatum est, heres scriptus erat, & ei ut heredi prædium legatum est; proinde ab initio non constitit ex parte eius legatum; quare etiamsi postea heres non existat; tamen legatum pro ea parte non convalescit, ex regula iuris, quod ab initio non valet, tractu temporis nequit convalescere, *L.* 1. *D. de regul. Caton. L. quod ab initio, de reg. iur.* Respondeo, verum est, partem huius prædii legatam esse ab herede, & legatum ei heredi, sed sub conditione, si heres existeret; quod si heres non esset, legatum est ei prædium ut L. Titio, & ideo ut L. Titio debebitur, quanvis non heredi. Non obstat regula Caton. quoniam hæc regula ad legata & institutiones conditionales non pertinet, ut dicitur in *L. sequent.* Sed quod dicimus, heredi hereditatem omittenti † legatum eo testamento relictum nihilominus deberi, sic accipiendum est: nisi hac conditione legatum sit, *si heres esset*, aut nisi appareat ex testamento, testatorem voluisse, cum ita legatum consequi, si heres esset, *L. sed non alias*, 88. *de legat.* 1. Exemplum est in *L. ult. §. ult. de dol. mal. except.* 3

Obiter insignis locus notandus est, quo demonstratur iam olim etiam ante tempora Gordiani, hanc auctoritatem tributam esse responsis eorum, qui in numero Iureconsultorum publice haberentur, ut pro iure certo obtinerent. Id declaratur hoc rescripto, cum Gordianus responsum Papiniani sequitur pro iure explorato, idque facere dicit secundum iurisdictionis formam. Id pertinet ad interpretationem *§. responsa, Inst. de iur. nat. gent.* & *civil.* vide *C. Th. lib.* 1. *tit.* 4. *L.* 1.

Ad L.

Ad L. Proprias. 13.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Severæ.

Proprias tuas res legari, vel fideicommitti tibi non potuisse certum est, PP. XV. Kalend. Maii. Maximo II. & Aquilino Coss.

S U M M A R I A.

1. *An res propria legatarii eidem legari possit.*
2. *Res propria quæ.*
3. *Res, quæ initio legatarii erat, si postea abalienata sit, an debeatur.*

1 RES legatarii † propria inutiliter ei relinquitur; quoniam amplius res eius fieri non potest; quo fit, ut legatum legatario sit inutile & proinde nullum, §. *sed si rem legatarii*, *Instit. eod.* Rem pro-
2 priam † sic accipere debemus, quæ omni ex parte propria est legatarii. Quod si in ea re, cuius proprietas est legatarii, testator aliquod ius habeat, velut ius vectigalis prædii, velut superficiem in solo legatarii, aut usumfructum in re legatarii: hanc rem utiliter legabit testator; quoniam hactenus legatum utile est, ut ei præstetur, quod fuit alienum. Exempla sunt in *L. si domus:* §. *ult. L. si tibi*, §. *ult. de legat.* 1. *L.* 3. §. *ult. de legat.* 3. Et hoc ius de re propria legatarii certum est, si legatæ rei proprietas
3 adhuc erit legatarii. At † qui si res, quæ initio legatarii erat, postea abalienata sit, an non debebitur? Videtur deberi impedimento sublato, quod prius legato obstabat. Respondeo: Hic distinguitur: Distinctio exstat in *L. cætera, de legat.* 1. Nam si pure res legatarii ei legata est, nunquam debebitur, etiamsi postea eius esse desierit, quanvis vivo adhuc testatore.

Efficitur id regula Catoniana, quæ ita se habet: Quod, si testator statim decessisset, non valuit, id quandocunque decesserit, non valebit, *L.* 1. *de reg. Cat.* quæ regula aliis verbis expressa est, cum ita definitur; Quod ab initio non valuit, tractu temporis convalescere non potest, *L. quod ab initio, de reg. iur.* Posuimus autem rem propriam legatarii ab initio inutiliter ei legari, si testator statim decederet. Proinde quanvis mutata sit postea rei conditio, quandocunque testator decesserit, legatum non valebit. Quod si res legatarii legata ei sit sub conditione, & exsistente conditione res eius esse desierit: legatum valebit, *d. L. cætera*, §. 1. Ratio differentiæ hæc est; quoniam, ut alia regula comprehensum est a veteribus, regula Catoniana ad legata conditionalia & conditionales institutiones non pertinet, *L. pen. de reg. Caton.* Exemplum de legatis exstat in *d. L. cætera*, §. 1. Cur autem ad conditionalia non pertinet hæc regula, exponitur in *L.* 1. *de reg. Caton.* Cuius hæc sententia & ratio est, quod regula Catoniana recepta est de eo, quod non valet ab initio; at legatum conditionale, in quo res legatarii ei relinquitur, non tam ab initio non valet, seu vitiosum est, quam nullum est; quoniam quod sub conditione datur, pendente conditione non datur, *L. cætera, de verb. sig.* Quod si re aliena sub quavis conditione legata domino, legatum debetur, si exsistente conditione res legatarii esse desinat; multo magis debebitur, si res ei sua legata sit nominatim sub hac conditione, si vivus eam alienasset, quod est exemplum dictæ *L.* 1. *in fin. de reg. Caton.*

Ad L. Monumenta. 14.

Iidem AA. Tatiano.

Monumenta quidem legari non posse manifestum est: ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur. PP. II. Kalend. Septemb. Maximo II. & Aquilino Coss.

SUMMARIA.

1. *Monumenta quæ hic dicantur.*
2. *Monumenta cur non possint legari.*
3. *Ius mortuum inferendi in sepulcrum potest legari. Quid hodie apud Christianos.*

RES, quæ in heredum commerciis, seu bonis non sunt, non possunt legari: contra res privatæ omnes legari possunt tam propriæ, quam alienæ, *L. cum servus, §. ult. de legat.* 1. Ad hanc definitionem referri debet species huius rescripti. Monumenta legari non possunt,
1 ubi monumenta † specialiter dicuntur, non monumenta quævis, sed monumenta, in quæ mortuus illatus est, id est, uno verbo sepulcra, ut in *L. si sepulcrum, sup.*
2 *de relig.* Hæc ideo † legari non possunt, quia sunt religiosa, *§. religiosum, Inst. de rer. div.* Res autem factæ religiosæ existimantur esse divini iuris, ac proinde nullius in bonis, *L. 1. de rerum divis.* At contra ius † mortuum inferendi in sepulcrum legari potest; quoniam hoc ius 3
privatum est, unde & de eo privatæ actiones competunt, *L. 1. & tot. tit. de mort. infer.* Hoc autem dictum est ex more Romanorum, apud quos sepulcra erant privata, & iure Romanorum unusquisque locum religiosum facit mortuum inferendo in suum locum, *d. §. religiosum.* Apud Christianos sepulcra non sunt, nisi in cœmeteriis, quæ sunt publica. Proinde & ius mortui inferendi in cœmeterium, publicum est; quapropter nihil horum hodie legari potest.

Ad L. Si universæ. 15.

Iidem AA. Terentio & aliis.

Si universæ facultates, quas pater vester reliquit, debito fiscali, aut privato absumantur, nihil ex his, quæ testamento eius adscripta sunt, valere potest. Quod si deducto debito in relictis bonis superfluum est; libertates impediri iuris ratio non permittit. Quinetiam legata, nec non fideicommissa salva lege Falcidia præstanda sunt. PP. III. Kalend. Octob. ipsis IV. & III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Heres quibus modis creditoribus hereditariis, & quibus legatariis ad legata præstanda obligetur.*
2. *Heres cur aliter legatariis, aliter creditoribus obligetur.*

1 HEres obligatur † creditoribus hereditariis, *L. ult. sup. de hered. act.* Idem obligatur & legatariis ad legata præstanda, de quo *L. 2. sup.* Sed obligatur ex iis caussis longe dissimiliter. Nam creditoribus hereditatis tenetur in solidum, etiamsi

etiamsi hereditas solvendo non sit, *L. more, de acquir. hered.* nisi inventarium fecerit secundum formam a Iustiniano constitutam; quo casu tenetur in solidum, quateous facultates ferunt, *L. ult. §. etsi præfatam*, & *§. sin vero postquam, supr. de iur. delib.* At sic non tenetur heres legatariis, ut hic: nam ultra vires patrimonii non debentur legata, ut *h. t. in princ.* & in *L. 1. §. si is, qui D. ad Trebell.* Et bona, seu proprium cuiusque intelligitur deducto ære alieno, *L. subsignatio, §. bona, de verb. sign.* Proinde cum de legatis præstandis agetur, ante omnia deducendum est, quod creditoribus debetur: quo deducto si nihil superest, nihil legato, aut fideicommisso debetur, ut idem apertius positum *in princ. h. t.* Id autem efficitur lege 12. tabularum, qua sit potestas cuique legandi, sed de re & bonis suis, *L. verbis legis, D. de verb. signif. L. testandi, sup. de testament.* Non legat autem de bonis suis, qui supra vires suorum bonorum legat, ac proinde inutiliter legat.

Quod si deducto ære alieno aliquid superest; tamen ex lege Falcidia non licet legare ultra dodrantem patrimonii, quod patrimonium lex vult æstimari, non tantum deducto ære alieno, sed etiam deductis pretiis servorum testamento manumissorum, *§. ult. Inst. ad legem Falcid. leg. 1. D. ad leg. Falcid.* Proinde si deducto ære alieno aliquid in bonis superest, videndum est, an aliqui servi sint testamento manumissi, hi ante omnia libertatem salvam consequuntur. Et rursum eorum pretia de eo, quod supererat, deducuntur. Iis omnibus deductis, si quid adhuc superest, de eo legata præstabuntur, ad hunc modum: ut tres partes deotur legatariis, quarta apud heredem maneat. Hoc enim lex Falcidia exigit, & hoc modo fiet, ut legata præstentur salva lege Falcidia, ut hic in extremo scriptum est. Sed cur † heres aliter obligatur credito- 2
ribus, aliter legatariis? Quia creditoribus solidum debetur ex LL. Heres autem in ius omne defuncti succedit: at legata relicta non statim ipso iure valent, sed in modum lege constitutum. Hic modus lege Falcidia constitutus est.

Ad L. Creditor. 16.

Iidem AA. & CC. Syllæ

Creditor si a debitore suo rem, quam pignoris nomine susceperat, legatam, sibi contendit, etiam debito ab heredibus eius oblato, quo minus restituat, defendi potest. S. XVIII. Kalend. Febr. Sirmii CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Pignus creditori legatum ab eo repeti non potest, atque ita ipse pignoratitia actione liberatur, quamvis heredes defuncti pecuniam debitam ei offerant.*
2. *An e converso debitor, sive heres eius actione in personam, qua creditori tenebatur, liberetur, num. 2.*

Creditor, qui a debitore pignus accepit, eodem tempore & actionem adversus debitorem habet, & ipse debitori actione tenetur. Actionem habet adversos eum de pecunia credita. Debitori tenetur actione pignoratitia de pignore restituendo, cum pecunia ei a debitore soluta erit, aut eo nomine ei satisfactum, *§. ult. Instit. quibus mod. re contrah. oblig. L. si rem, §. omnis, D. de pignorat. act.* Si debitor hoc pignus leget creditori suo, duo quæsita sunt de iis actionibus, quas supra dixi. Ac primo quæritur, an heredes defuncti debitoris, qui & ipsi in actione pignoratitia succedunt, possint oblata pecunia creditori, rem illi pignori obligatam repetere, quemadmodum ab initio defunctus potuisset? De hac quæstione hic rescriptum est: pignus † creditori legatum 1
ab eo repeti non posse, quamnvis heredes defuncti pecuniam debitam ei offerant. Hic opponitur ius publicum de pignoratitia actione, de quo supra dictum. Verum Imperatores significant, postquam pignus

pignus creditori legatum est, eadem opera & dominium rei legatæ in eum translatum esse, & pignoratitia actione de pignore esse liberatum.

Sed quomodo dici potest esse liberatus pignoratitia actione, cum testator de ea liberatione nihil caverit? Respondeo, hæc liberatio necessaria consequentia efficitur: nam regula iuris est. Pignus rei nostræ non consistere, idest, rem nostram nobis pignori esse non posse, *L. neque pignus, de reg. iur.* Huic regulæ consequens est, si creditor rei pignori datæ dominus esse cœperit, continuo pignus extingui, ac proinde eum pignoratitia actione de pignore liberari. Incipit autem esse dominus, cum pignus ei legatum est; nam rei legatæ dominium in legatarium transit, etiam ipso iure, *L. legatum, de legat.* 2. *L. a Titio, de furt.*

Secundo loco quæsitum est, an quemadmodum ex hoc legato creditor liberator actione pignoratitia, qua prius tenebatur; an item e converso † liberetur debitor heresve eius actione in personam, qua creditori tenebatur, ut deinceps ambo invicem liberi discedant, & creditor & debitor? Et placuit solum creditorem pignoratitia actione liberari. Debetur autem ei non minus pecunia de re, quam ante, *L. creditorem, de legat.* 2. Differentiæ ratio est in promptu; quia legatum pignoris non potest consistere, cum statim pignus perimatur. At nihil prohibet, quo minus in eiusdem creditoris persona concurrat, ut & dominus sit pignoris, & ei pecunia a veteri debitore debeatur, quoniam pecunia sine pignore deberi potest. 2

Ad L. Datum. 17.

Iidem AA. & CC. Eutychiano.

Datum legatum adimi tam pure, quam sub conditione, non libertis tantum, sed etiam ingenuis placuit. Dat. III. Non. Martii CC. Coss.

Potestas adimendi legati hic constituitur, de qua parte dictum est *ad L.* 3 *supra.* Utrum autem ademptum legatum non debeatur ipso iure, an vero per exceptionem, recte in glossa exponitur.

***

Ad L. Ex legato. 18.

Iidem AA. & CC. Iustino.

Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest: utilibus autem suo nomine experietur. Dat. VI. Idus Decemb. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Nomen dicitur id, quod est in actione, seu id, quodcunque debetur quavis actione.*
2. *Ex legato nominis* 100. *aureorum quid consequatur legatarius, & an possit eos a L. Titio petere condictione incerti, ut potuisset defunctus.*
3. *Mandare actionem quid.*
4. *Procurator quis.*

Testator 100. aureos mutuo dederat L. Titio, qui proinde ei debentur, & peti possunt certi condictione in eam rem constituta, *Inst. quib. mod. re contrahatur obl. in pr.* Hoc nomen testamento legavit. Nomen † dicitur id, quod est in actione, seu id, quodcunque debetur, quavis actione, *L. qui chirographum,* 1

phum, in fin. de legat. 3. Itaque ex hoc legato solum actiones defuncti legatæ intelliguntur, *L. si sic legatum*, *§. fin. de*
2 *legat.* 1. Quæsitum est, † ex hoc legato quid consequatur legatarius, & an possit 100. aureos a L. Titio petere condictione certi, itidem ut potuisset defunctus? Respondeo: legatarium directas actiones habere non potuisse, nisi ei mandatæ sint ab heredibus: cæterum utiles eum habere suo nomine, quanvis nullis datis actionibus.

Directa actio cum utili opponitur, dicitur actio, quæ ex verbis legis competit, non tamen ex sententia. Utilis, quæ deficientibus verbis legis, datur ex sententia legis, propter utilitatem, *§. ult. Inst. de leg. Aquil.* ubi exemplis accommodatis hoc ius explicatur. Directa sic dicta, quia verba legis de ea actione diriguntur ad eum, cui hæc actio competit, & in quem competit. Utilis autem dicitur vel ideo, quia etiam sine verbis, tamen utilis est ad acquirendum, ut quibusdam placet; vel quod verius est, quia cessantibus verbis legis tamen constituitur propter utilitatem & æquitatem eandem, quod significatur in *L. quia actiones*, *D. de præscr. verb.* ubi dicitur actionem in factum suppleri a prætore ex lege Aquilia, idque ideo, quod utilitas legis id exigit. Ab utilitate utilem dici constat, & quæ illic dicuntur in factum, hæ ipsæ sunt, quæ dicuntur utiles, *dict. §. ult. Inst. ad leg. Aquil.* ut intelligitur *ex L. boves*, *D. ad Leg. Aquil.* ubi in exemplo eius loci actio in factum datur, quæ in eodem exemplo dicitur utilis *in d. §. ult.*

In contractibus, seu testamentis exemplum propositum est: actio ex verbis iuris, idest directa competit ei qui contraxit adversus eum, cum quo contractum est, idest adversus eum, qui ex contractu obligatus est, *§. 1. Inst. de obl.* iuncto *§. sed istæ, eod. tit. L. actionum, de obl. & act.* Proinde in specie proposita, ubi pecunia mutuo data est, directa actio competit creditori; atqui si actio competit, competit eius pecuniæ repetendæ caussa, unde eam utilem esse necesse est. Secundum hoc in proposito recte dicitur, cum testator nomen alicui legavit, legatarium directam actionem habere non posse; hæ enim creditoribus dantur: legatarius creditor non est, nec legatum nominis potest efficere, ut videatur pecuniam credidisse is, qui revera non credidit. Id adeo verum est, ut quanvis heredes testatoris eiusdemque creditores, actiones suas mandaverint legatario, tamen legatarius directam actionem habere non possit suo nomine: semper enim verum est, legatarium creditorem non esse; sed tamen, ut hic dicitur, si ei mandatæ sint, eas habere potest, nempe nomine heredum, non suo, & ex persona heredum, non sua; quod intelligemus, si sciverimus, quid sit mandare actiones.

3 Mandare actionem, † eodem modo dicitur, quo mandare administrationem alicuius negotii. Ut igitur mandare administrationem, est negotium alicui gerendum nostro nomine mandare, sic mandare actionem, est actionem nobis competentem, idest directam committere alicui exercendam in iudicio nostro nomine. Et quod apertius dictum est a veteribus aliis verbis, mandare actionem alicui, est eum procuratorem in rem suam facere ad petendum, quod nobis debetur, ex persona nostra & nostro nomine, quod intelligitur ex *L. ex nominis*, *supr. de hered. vel act. vend.* ubi dicitur emptor actionis habere utilem actionem, etiamsi procurator factus non sit in rem suam: quibus verbis exprimitur hæc sententia, etiamsi ei mandatæ non sint actiones: quibus verbis utitur *L. emptor*, *eod. tit.* Is cui mandantur directæ actiones, dicitur procurator duabus de caussis. Primo, quoniam mandato creditorum actionem exercet. 4 Est † autem procurator is, qui mandato domini negotia administrat, *L. 1. de procur.* Deinde, quod exercet actionem nomine mandantis. Unde procurator in rem suam numeratur inter eos, qui actionem sibi alieno nomine dari postulant, *L. servus*, *§. ult. de procurat.* Sed idem dicitur procurator in rem suam quia hæ actiones ei mandantur, ut exerceantur ad utilitatem & commodum eius, ut & commodum & incommodum iudicii ad eum pertineat, *L. qui stipendia*, *supr. de proc.* Unde subtilitate iuris procurator est effectu & reipsa dominus actionis, eventu scilicet inspecto. Quam ob caussam is, cui mandatæ sunt actiones, sive qui in rem suam procurator factus est, præfertur domino, idest, vero creditori in ea lite, nec ab eo mandatum revocari potest, ut a cæteris procuratoribus, *L. procuratore in rem suam dato*, *D. de procurat.* Hæc de directis actionibus.

Quod ad actiones utiles, attinet, expressum est hoc rescripto etiam, nullo modo mandatis actionibus directis, tamen legatarium habere actionem adversus debitorem testatoris, non minus, quam si ipse pecuniam credidisset, sed habere non ex verbis legis, verum ex mente & sen-

ten-

tentia legis propter utilitatem & æquitatem rei. Æquitas hæc est; quia si alias res corporales testator legasset, statim dominium in legatarium transiret, *L. legatum, de legat.* 2. Par igitur & æquum est, idem de actionibus legatarii statui. Etsi enim natura actio nihil est: non enim est res corporalis, quæ subsistat; tamen iuris intellectu res est, & subsistit, numeraturque in bonis. Et generaliter iure communi receptum est, quotiescunque verus creditor voluit actionem suam in aliquem transferre, interposita ea caussa, ex qua cæteræ res corporales transferri & acquiri solent, toties in eum, cui creditor actionem translatam voluit, actionem utilem transire, sine alia cessione, & sine alio mandato, quam is suo nomine exerceat, veluti si creditor actionem suam vendat, si dedit creditori in solutum, si dedit in dotem, si donet, si leget. Exempla exstant multis in locis. *L. emptor*, & *L. ex nominis*. supr. *de hered. vel actio. vend. L. ult.* supr. *quando fiscus, vel privat. sup. L.* 2. *supr. de oblig.* & *act. L.* 1. infra *de donat.* & *hac L. ex legato.*

Hinc oritur dubitatio, si ei cui nomen, seu actio legata est, competat actio utilis suo nomine, etiam non mandatis directis actionibus, quid opus est quærere de actionibus directis, & exspectare, donec illæ mandentur ab heredibus, cum traditum sit in *L. actio, antepen. D. de neg. gest.* directam & utilem actionem esse eiusdem potestatis, & eundem effectum habere? Respondeo: Utilis actio eundem effectum habet, si actio sola spectatur: si spectetur sola persona agentis, inter directam & utilem multum interest. Is, cui actio legata, aut vendita est, directam actionem sibi mandatam exercere potest, sed non exercet, nisi ex persona mandantis, *L. ex nominis, supr. de hered. vel act. vend. L. ult. supr. quando fiscus, vel privat.* At utilem actionem exercet tantum suo nomine, non alieno; hinc fit, ut qui directam actionem exercet, quoniam exercet ex persona creditorum, simul etiam creditorum iure in ea actione utatur, *L. emptor, de hered. vel act. vend.* Qui autem exercet utiles actiones, quoniam suo nomine agit, etiam suo iure uti tantum debet, nec vel potius iure communi actionis, nec ullo proprio privilegio creditoris utitur. In qua differentia magnum commodum versatur directarum actionum, si quis proponat creditorem esse privilegiatum, & actionem datam privilegiariam, puta, actionem tutelæ mandatam esse ab eo, qui olim pupillus fuit, adversus tutores suos.

Ad L. Non tantum. 19.

Iidem AA. Eutychiano.

Non tantum duorum mensium, sed & minoris temporis maritus uxoris testamento scriptus succedit: nec legata, vel fideicommissa, seu donationes temporis huius angustia capi prohibet. Datum V. Idus Decemb. Nicomediæ. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Donationes inter vivos in maritum collatæ, morte uxoris confirmantur.*
2. *Uxor an marito legare possit.*

UXor marito inter vivos donare non potest: testamento donare, & eum heredem instituere potest: & generaliter quidvis donare potest post mortem suam,
1 adeo ut donationes † inter vivos, in maritum collatæ moriente uxore confirmentur, si revocatæ non sint, *L. cum hic status, de don. inter vir.* & *ux.* Uxor marito legare potest, & † ita legatum consistit, quanvis matrimonium cum marito vel una die steterit, ut hic scriptum est: 2
& merito: nam etiam ignoto & extraneo cuivis relinqui potest, *§. ult. Inst. de hered. inst.* multo magis noto & coniuncto, ut maritus est: quanvis hæc coniunctio non fuerat duratura.

Ad L.

Ad L. Uxor. 20.

Impp. Constantinus, Constantius & Constans, AAA. ad populum.

Uxor patrui tui, si testata decesserit, res tuas, tantum usumfructum earum habens, legare non potuit. Dat. VIII. Cal. Ian. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *An quae usumfructum habet rerum, eas legare possit Titio.* *Et an legatum rei alienae valeat.*

1 EA † quae in quibusdam rebus usumfructum tantum habebat, eas res legavit Titio. Hic scriptum est, eam eas res legare non potuisse, quod manifeste falsum esse videtur. Nam certi iuris est: unumquemque non tantum res proprias legare posse, aut res heredis, sed etiam alienas, *L. eum servus*, alias, *apud Iulianum* §. *ult. de legat.* 1. *L. cum alienam*, *infr. eod.* Ad solutionem huius obiectionis nihil pertinet, quod vulgo respondetur: Cum scilicet testatrix legavit eas res, in quibus tantum usumfructum habebat, non videri proprias legasse, sed tantum usumfructum; quia voluerit legare id solum, quod habebat. Primo, quia si quis rem alienam legavit, tota res debetur, etiamsi testator in ea re aliquid sui habeat, nisi testator adiecerit meum: ut videlicet diceret; fundum meum Tusculanum do, lego. Nam hac adiectione declarat, se nihil legare velle, quam quod suum est, *L.* 5. §. *ult. de legat.* 1. Deinde etiamsi re aliena legata non intelligatur testator amplius legare, quam id, quod suum est; non tamen ideo efficitur eum legare non potuisse id, quod alienum est, potuit enim, si voluisset, & id aperte declarasset. Nunc autem in hoc rescripto dicitur testatricem non potuisse res alienas legare. Propositio concepta est de eo, quod testator potest, Interpretes respondent de voluntate testatoris, idest, de carbonaria interrogati, ad calcaria respondent.

Vera solutio haec est: Recte dicitur testatricem in proposito potuisse res alienas legare & eandem non potuisse legare, diversa significatione. Potest res alienas legare, ut legatum consistat. Id significatur, cum dicimus rem alienam legari posse, §. *non solum*, *Inst. eod.* At testatrix res alienas non potest legare, ut eas pro suo iure in legatarium transferat; nam legare donare est: ea proprie dicimur donare, quae in alios transferimus, *L.* 1. *de donat.* Et haec quoque legati vis est, ut dominium rei legatae transferatur in legatarium, *L. legatum*, *de legat.* 2. Hoc sensu non potuit testatrix in specie proposita res alienas legare, ut earum dominium transferret. Dubitationis caussa haec fuit, quod testatrix in his rebus usumfructum habebat, unde videri poterat de iis rebus potuisse statuere pro suo iure. Respondent Imperatores, si legatarius id putet, eum errare; & addunt rationem: quia testatrix solum usumfructum habuerit in iis rebus: qua ratione explicata, certum est res illas non fuisse testatricis; nam ususfructus est ius utendi fruendi rebus, sed alterius.

Ad L.

Ad L. In legatis. 21.

Impp. Constantinus, Constantius & Constans. AAA. ad populum.

In legatis, vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia: ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit. Datum Calend. Februar. Constantio II. & Constante Coss.

SUMMARIA.

1. *Quatuor genera legatorum olim quæ.*
2. *Eorum effectus diversi.*

1 SCriptum est in §. 1. *Inst. eod.* olim † quatuor genera legatorum fuisse, per vindicationem, per sineudi modum, per præceptionem, per denuntiationem: & singulis generibus propria verba attributa fuisse, quibus singula exprimerentur. Ho-
2 rum † generum diversos fuisse effectus, cum de actionibus quæreretur. Huiusmodi autem solemnitatem verborum, postea constitutionibus Imperatorum sublatam esse. Accursius illic scribit, hanc constitutionem non extare. Errat, constitutio significatur huius legis: Est enim constitutio trium Imperatorum; una, si omnes Imperatores coniungas; sin autem singulos Imperatores spectes, totidem sunt singulorum constitutiones. Diserte autem hic tollitur observantia verborum solemnium in legatis. Usitate hæc observantia nihil aliud est, nisi solemnitas verborum; hanc Iustinianus dicit sublatam esse a prioribus principibus. Manebat etiam adhuc differentia singulorum generum; hæc deinde a Iustiniano sublata est; unde bene Iustinianus hanc emendationem sibi tribuit, ne forte quis hunc locum refragari existimet. Hoc in *L. 1. infr. commun. de legat. §. nostra, 2. Instit. eod.*

Ad L. In annalibus. 22.

Imp. Iustinian. A. Mennæ *præfecto Prætorio.*

In annalibus legatis, vel fideicommissis, quæ testator non solum certæ personæ, sed & eius heredibus præstari voluit, eorum exactionem omnibus heredibus, & eorum heredum heredibus servari pro voluntate testatoris præcipimus. Dat. III. Id. Decemb. Constantinop. Dn. Iustin. A. PP. II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Si testator decem annua legans Titio, nihil exprimat de heredibus Titii, legatum est personale, & morte legatarii finitur.*
2. *Testatore decem annua legante Titio, & heredibus, utrum mortuo Titio legatum ad primum heredem eius tantum, an vero ad omnes heredes, & heredum heredes pertineat, usque in infinitum.*
3. *Significatio heredis omnes heredes in infinitum continet.*
4. *Ususfructu Titio legato, heredique eius, ususfructus ad heredem fructuarii transit; ad heredem tamen primum solum: mortuo illo finitur.*
5. *An idem sit in legatis annuis.*

1 CUm † testator decem annua Titio legat, si de heredibus Titii nihil exprimit, placet legatum esse personale, & morte legatarii finiri, similiter & usumfructum, *L. 4. D. de annuis legat.* Ubi & ratio huius iuris addita est. Idem in *L. si Stichum 16. §. 1. de verb. obl.*

Quod si testator † decem annua leget Titio, & heredibus eius, quæsitum est, utrum mortuo Titio legatum ad primum here- 2

heredem eius tantum pertineat, aut vero ad omnes heredes & heredum heredes, usque in infinitum? Controversia nascitur ex contrariis legibus. Nam significatio † heredis omnes heredes in infinitum continet, & ita receptum est, *L. heredis appellat. de verb. sign.* Rursum † cum ususfructus Titio legatus est, heredique eius, Iustinianus constituit usumfructum quidem ad heredem fructuarii transire, sed solum ad heredem primum: mortuo autem herede primo finiri, *L. antiquitas, sup. de usufruct.* Par † esse videbatur, ut idem probaremus in legatis annuis; nam & hæc, ut ususfructus, personalia, & morte legatarii exstinguuntur. Iustinianus in hac dubitatione hic constituit, cum decem annua legata sunt Titio, heredique eius legatum esse perpetuum, & ad omnes heredum heredes successionem pertinere. Recte Iustinianus, nimirum ex verbi significatione, a qua recedendum non est, nisi cum apparet aliud sensisse testatorem, *L. non aliter, de legat. 3.* Cur ergo aliud constituit idem Iustinianus in usufructu, qui legatus est Titio, heredique eius? Ratio hæc est; quia in usufructu apparet non sensisse testatorem, ut ususfructus ad omnes heredes & heredum successores in infinitum pertineret, quoniam cum usumfructum legavit, apparet eum noluisse legare proprietatem. At si ususfructus ad omnes heredes in infinitum pertineret, non esset ususfructus, sed proprietas; quoniam proprietas nulla esset, ut quæ proprietario esset inutilis. Hoc sensu Iustinianus in dicta *L. antiquitas*, dixit, se constituere in usufructu, ne proprietas inutilis esset semper abscedente usufructu.

3 4 5

Ad L. Cum quæstio. 23.

Idem A. Iuliano *præfecto prætorio.*

Cum quæstio talis de significatione verborum animos veterum movit, si quis cuidam agrum Cornelianum puta, vel alium quempiam in solidum legaverit, deinde alii partem eius dimidiam, quantam portionem primus, quantam secundus legatarius consequitur: simili dubitatione & in hereditate & in fideicommissis habita: cumque computationes multæ introducebantur, & multis ratiocinationibus dignæ: nos huiusmodi computationes quasi superfluas & contrarias voluntati testatoris, omnes esse sopiendas censemus. Cum enim manifestum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minus eam sex unciis, cum alii eas obtulit: & præsens casus exitum apertissimum inveniet. Si quis itaque vel agrum, vel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam: utrumque in sex uncias esse, vel dominum rei legatæ, vel heredem. Et si tota re primo relicta, tertiam partem secundo reliquerit: secundum prædictum modum octo quidem uncias, vel agri, vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem, vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, idest, in hereditatibus, vel legatis, vel fideicommissis. Vestigia enim voluntatis testatoris non aliter, nisi per huiusmodi viam æstimanda sunt.

S U M M A R I A.

1. *Testatore legante alicui totum, & eiusdem rei partem dimidiam alii, quantam in hoc legato ad utrumque legatarium pertineat, & quomodo res legata inter primum & secundum dividi debeat.*
2. *Tertiæ divisioni idest Iustinianeæ contraria diluuntur, & per tot.*

1 Cum testator † legat alicui totum, & eiusdem rei partem dimidiam alii, hoc modo: *fundum Tusculanum Primo do, lego, eiusdem Tusculani partem dimidiam*

midiam Secundo do, lego. Quæsitum est, quantum in hoc legato ad utrumque legatarium pertineret, & quomodo res legata inter Primum & Secundum dividi deberet. Iustinianus initio constitutionis ostendit varias divisiones hic a veteribus excogitatas esse. Possunt autem in hac specie tres divisiones fingi, quarum unaquæque sua ratione defenditur; unde ambigendi caussa, quæ constitutioni Iustiniani materiam præbuit. Primo dici potest fundum, de quo quæritur, in tres partes dividendum esse, ex quibus duas accipere debeat Primus, unam Secundus. Optima ratione; quia cum totum Primo legatum est, deinde totius dimidium Secundo: apparet duplo plus Primo legatum esse, quam Secundo. Igitur in divisione eadem proportio servanda est, ut Primo duplo plus tribuatur, quam Secundo ex voluntate testatoris, & ita ex prima divisione Primus octo uncias habebit, Secundus quatuor, idest, Primus duplo plus, quam Secundus. Pro hac divisione facit *L. interdum*, §. 1. vers. *sed si excesserit*, *D. de hered. Instit.*

Secunda divisio admitti debere videtur, ut fundus legatus dividatur in duos semisses, ex quibus unus integer sine controversia ad Primum pertinebit; nam cui totus fundus legatus est, ei multo magis dimidium integrum legatum est. Alter semis dividetur inter Primum & Secundum. Hæc divisio differt a priore, quia ex priore divisione Primus accipit tantum octo uncias ex duodecim, Secundus quatuor. Ex secunda autem divisione, quam diximus, Primus accipit novem uncias ex duodecim, nempe semissem, & præterea tres uncias, partem semissis reliqui: Secundus autem accipit tantum quartam partem totius, idest, tres tantum uncias. Defenditur autem hæc divisio hac ratione; quia dimidia pars fundi, quæ Secundo legata est, eadem etiam legata est Primo; cum enim Primo legatur totus fundus, simul legantur ei duæ dimidiæ fundi, ex quibus totus fundus constat. Proinde in hanc dimidiam ambo concurrent, ut fit, cum eadem res duobus legata est, §. *si eadem*, *Inst. de legat.*

Sed iis divisionibus duabus repudiatis, Iustinianus hic constituit tertiam: ut fundus inter primum & secundum legatarios dividatur ex æquis partibus & Primus unam dimidiam accipiat, Secundus alteram dimidiam. Quæ sententia non tantum prima ratione nova videtur, † sed etiam absurda. Nam aperte absurdum est, ut Secundus, cui dimidium tantum legatum est, tantundem accipiat quantum Primus, cui duplo plus legatum est.

Respondeo: Esset omnino hoc absurdum, si totus fundus Primo legatus esset, ut ab initio legatus videtur, sed cum testator legavit postea Secundo eius fundi partem dimidiam, hanc ipsam dimidiam intelligitur ademisse Primo; ac proinde nec ei legasse. Adempta Primo dimidia, sola altera dimidia relinquitur, quæ ei tribuatur. Unde intelligitur nihil amplius utrique legatum, quam dimidiam. Primum omnibus interpretibus occurrit hic locus, qui ex diametro pugnare videatur *d. L. interdum*, §. 1. vers. *sed si excesserit*, *de heredibus instit.* ubi testator unum heredem instituit ex asse, idest, ex tota hereditate; deinde alterum instituit ex sex unciis, idest, ex dimidia parte assis, & sic primo totam hereditatem dedit, secundo partem dimidiam: placet non idcirco videri sex uncias ademptas priori heredi, ut sic prior heres habeat tantum sex uncias, & posterior sex. Sed placet priorem heredem integrum assem habiturum, posteriorem sex tantum uncias: ut dividatur hereditas in tres partes, ex quibus prior heres bessem accipiat, idest, duas partes, nempe duodecim, posterior accipiat trientem, idest, tertiam partem, nempe sex ex octodecim unciis.

Hic vulgo interpretes multa divinando rem involvunt potius, quam expediunt, neque animadvertunt manifestam esse utriusque loci decisionem in specie, quæ utrobique proponitur. Longe aliud est uni dare totum, & alteri eius rei prius datæ partem dimidiam, ut fit in specie huius constitutionis: aliud Primo dare totum assem; deinde Secundo sex uncias, seu partem dimidiam assis, non addito, sex uncias eiusdem assis. Qui dimidiam dat Secundo, & nominatim adiicit dimidiam eius rei, quæ prius legata est, aperte priori legatario dimidiam partem detrahit, ac proinde in priore legato dimidium eiusdem debetur. At is, qui secundo dat sex uncias simpliciter, seu dimidiam assis simpliciter, non intelligitur dare sex uncias eiusdem assis: assis quidem, sed novi assis, non prioris: propterea, quod testator potest hereditatis suæ tot uncias facere, quot velit, idque est, quod dixerit Ulpianus in *d. L. interdum*, §. 1.

Secundum quam sententiam dicendum est, ubi testator heredem primum instituit ex asse, id est, duodecim unciis; secundum autem heredem ex sex unciis instituit: hereditas intelligatur divisa in octodecim uncias, quæ in tres partes dividen-

dentur, e quibus duas accipiet primus, secundus tertiam, pro ea portione, ex qua prius instituti erant: aut si res revocabitur ad unum assem, idest, ad duodecim uncias: as ita dividetur ut primus habeat bessem, idest, octo uncias, secundus trientem, idest, quatuor uncias, ut loquitur ibi Ulpianus, idest, ut primus duplo plus accipiat, quam secundus, nam in octo unciis institutus est, ut hic in quatuor,

Et hic quidem locus solus occurrit interpretibus huic constitutioni contrarius, sed sunt adhuc aliæ obiectiones multo graviores, quæ nobis diluendæ sunt. Ac primum adversus rationem huius constitutionis & sententiam totam vehementer pugnat ea ratio, qua supra proxima secunda divisione usi sumus. Est autem ratio huiusmodi; Quoties duobus eadem res legata est, testator posteriori rem legando, non intelligitur eam priori adimere, sed ita legat, ut ambo legatarii in eandem rem concurrant, §. *si eadem*, *Instit. de legat.* At in specie proposita, dimidia, quæ Secundo legata est, prius legata fuit Primo; nam cum Primo totum legatum sit, non est dubium, quin ei singulæ dimidiæ totius legatæ sint. Proinde hæc dimidia, quæ secundo legata est, non intelligetur priori adempta, sed ambo Primus & Secundus in hanc dimidiam concurrerent, ut Primus dimidiam integram suo iure habeat, & alterius dimidiæ secundo legatæ partem una cum Secundo accipiat, atque ita novem uncias habeat ex duodecim unciis, Secundus tres duntaxat.

Respondeo, quod dicitur, cum eadem res duobus legata est, posteriore legato non adimi legatum priori, sed ambos legatarios in rem legatam concurrere, sic accipiendum est: cum duobus res solida legata est, ut duobus idem fundus Tusculanus, ut exempla probant in *d.* §. *si eadem*, & declaratur, in dicta *L. si pluribus*, *de legat.* 1. Diversum est, cum una res primo tota legata est, alteri eiusdem rei pars dimidia. Nam pars dimidia priori detracta intelligitur, ut declaratur hac constitutione, ut dici possit hanc constitutionem esse prioris illius iuris interpretationem. Sed huic solutioni occurritur hac ratione: Quæ de re tota dicuntur, eadem & de parte intelligenda sunt, *L. quæ de tota*, *de rei vindic.* At cum Primo tota res legata est, deinde eadem tota legata est Secundo, non intelligitur posteriore legato res tota detracta esse primo. Ergo & cum Secundo dimidia pars legata est, non intelligetur hæc dimidia priori adempta, ut eadem sit ratio partis, quæ totius.

Respondeo; Quod dicitur de parte, idem & de toto dici, sic accipiendum est, si in parte eadem sit ratio, quæ in toto, ut accidit in vindicatione partis, de qua agitur in dicta *L. quæ de tota*, *de rei vindicat.* Sed in proposito non eadem est ratio totius, si Secundo totum legatum sit; & dimidii, si Secundo pars dimidia tantum legata sit. Nam cum testator legat eandem rem totam Secundo, tantum abest, ut hoc legato intelligatur voluisse totam adimere priori, ut potius singulis totam legando intelligatur eos in eadem re coniungere voluisse, quasi coniunctim & uno verbo singulis legata. At cum Secundo legat partem dimidiam eiusdem rei, apparet eum voluisse partes separare, ut dimidia apud Secundum esset, altera dimidia apud primum. Sic enim fit, ut in his partibus legatarios disiungat, non vero coniungat.

Sed & adversus solutionem superiorem & totam sententiam huius constitutionis opponitur *l. si alii*, *D. de usufr. legat.* ubi uni totus fundus legatus est, & alteri eiusdem fundi dimidia; & tamen placet ambos legatarios in hanc dimidiam concurrere. Species ita proponitur: testator Primo fundum Cornelianum legavit; deinde Secundo eiusdem fundi Corneliani usumfructum. Observandum est in hac specie videri Primo totum legatum esse, deinde Secundo eiusdem totius partem. Nam cum Primo legatur fundus Cornelianus, intelligitur ei & legari proprietas fundi, & ususfructus, ita ut nisi utrumque detur separatim, fundus ex testamento peti possit, *L. Mævius*, § *penult.* *D. de legat.* 2. Cum autem ususfructus legatur Secundo, non intelligitur solum legari ususfructus, qui Primo legatus erat, sed etiam ei intelligitur pars fundi legata, qui ususfructus rei vicem obtinet, *L. qui usumfructum*, *D de verb. oblig. dict. L. Mævius*, § *penult.* Et tamen placet in *d. L. si alii*, *de usufruct. leg.* Usumfructum secundo legatum non adimi priori, sed utrumque & Primum & Secundum in hanc fundi partem concurrere.

Respondeo: species hæc si recte expendatur, ad speciem huius constitutionis nihil pertinet. Nam revera ususfructus fundi pars non est, & ideo dicitur emolumenti pars esse, non fundi, *d. L. Mævius*, §. *ult.* Ob eandem caussam is qui stipulatur usumfructum, dicitur ei similis esse, qui partem stipulatur, in dicta *L. si usus-*

usufruct. de verb. signific. Nam certe simile non est idem, idque per se patet. Nam fundus est res corporalis, usufructus res incorporalis. Nemo autem dixerit rem incorporalem rei corporalis esse partem. Porro qui partem dimidiam non legavit secundo, non potest dici eam partem priori ademisse, quam non legavit. Huc accedit, quod ita demum ex constitutione Iustiniani pars dimidia secundo legata intelligitur priori adempta, si testator nominatim verbo, *partis eiusdem rei*, usus sit id legando: quod testator non facit, qui fundum prius legat, deinde usumfructum. Quod constitutum est non tantum propter auctoritatem constituentis, sed etiam propter manifestam rationem & æquitatem sententiæ Iustinianeæ in hac lege, qua posita ita statuemus: quoties duobus eadem res solida legata est, potius singuli in eandem rem concurrunt ex æquis virilibus portionibus, *§. si eadem, Inst. eod.* Idem ex hac constitutione probandum est, si duobus ita res legata sit, ut uni legaretur solida, alteri eius rei pars sola dimidia. Neque hoc absurdum: quoniam pars dimidia secundo legata, priori detracta intelligitur: ex quo evenit, ut dimidia solum priori relinquatur; unde & æquas partes utriusque in divisione fieri oportet.

Ad §. ultim.

Sed & aliam disceptationem iuris antiqui non absimilem constitutam decidere nobis humanum esse apparuit. Agitabatur enim si quis agrum Cornelianum, vel forte alium, vel quandam rem cuidam legaverit, & postea iterum, vel sæpius ei eandem rem per legatum, vel fideicommissum dederit, post talia autem verba testamenti Sempronio eundem agrum, vel aliam rem legaverit, ut sæpius quidem fuisset Titii mentio, semel autem Sempronii; quid statuendum est? Et quid iuris sit, si coniunctim, aut separatim eis relinquatur, sive in legato hoc consistat, sive in hereditate? Huiusmodi igitur decidentes antiquam controversiam, sancimus, cuicunque sit hereditas, vel ager in memoratis casibus, sive coniunctim, sive soli, sive sæpius eidem relictus: æqua lance & hereditatem & agrum, & aliam quamcunque rem dividi, & ad dimidiam partem unumquemque vocari: nisi specialiter expresserit, & dixerit testator, tantas quidem partes velle unum, tantas autem alterum habere. In omnibus etenim testatoris voluntatem, quæ legitima est, dominari censemus: Datum XV. Kalend. Decemb. Lampadio & Oreste VV. Coss.

SUMMARIA.

1. *Testatore legante eandem rem uni, quanvis leget sæpius, tamen ei semel tantum debetur.*
2. *Verba stipulationis sic accipiuntur, ut semper aliquid egisse intelligantur.*
3. *Quicquid verba significant, id pro stipulatione accipi debet.*

1 CUM testator † eandem rem uni legat, quanvis leget sæpius, tamen semel ei tantum debetur, *L. plane ubi, §. 1. de legat.* 1. Et merito; quoniam una res legata est, non plures, quanvis eadem sæpius legata sit. Una autem amplius, quam semel præstari non potest. Itaque ingeminatio legati in eadem persona legatarii facta legato nihil adiicit. Hinc consequens est, quod hic a Iustiniano constituitur: quoties eadem res duobus est solida legata, quanvis uni sæpius legata sit; tamen non aliter inter legatarios res dividitur ex æquis portionibus, quam si singulis semel tantum legata esset, quia quod sæpius uni legatum est, ad legatum nihil adiicit: hoc enim iuris est, si uni soli legata esset.

Sed

Sed non caret res dubitatione, quam ob caussam Iustiniani constitutione opus fuit. Nam aliud receptum est in stipulatione servi communis, *L. 4. de stipulat. servorum*. Stichus duos dominos habens Titium & Mævium, hoc modo fundum stipulatus est: *Fundum Tusculanum Dominis meis, & Titio dare spondes?* Vel hoc modo, *Titio & Mævio, & Titio dare spondes?* Propter ingeminationem Titii placuit in hac specie duplicem divisionem fieri, primum dividendum esse fundum in duos semisses, ex quibus unus semis integer pertineat ad Titium, alter semis rursum dividi debeat in duos quadrantes, ita ut Titius unum quadrantem idest, tres uncias habeat, Mævius alterum quadrantem, idest, reliquas tres uncias; ut in summa Titius dodrantem habeat, idest, novem uncias, Mævius quadrantem, idest, solum tres uncias.

Sed aliud servatur in contractibus, aliud in legatis & testamentis; quoniam aliud contrahentium, aliud testatoris voluntas exigit. In stipulationibus, quoniam qui stipulatur hoc animo est, ut sibi caveat & acquirat aliquid, placet † verba stipu- 2 lationis sic accipi, ut semper aliquid egisse intelligantur, *L. quicquid*, *L. quoties in stipulat. de verb. oblig.* Et † quicquid 3 verba significarunt, placet id pro stipulatione accipi debere, quia non frustra sibi caverit, *L. quicquid, in fin. prin. vers. de verb. oblig.* Proinde, quod servus bis Titio domino stipulatus est, sic accipi debet ingeminatio, ut non frustra Titio bis stipulatus sit. Id autem ita fiet, si verbis ei stipulatus est, ut bis in eius utilitatem fundus dividatur. Alia mens est testatoris, cum fundum duobus legat, quamvis bis uni leget. Non enim intelligitur propter ingeminationem legati, plus uni tribuere voluisse, propter alterum collegatarium, quem pariter dilexit. Id ex eo apparet, quod ei pariter fundum solidum legavit. In testamentis autem non quid scriptum sit, spectatur: sed quid testator voluerit: quia totum in his voluntas facit, *L. ex facto, §. rerum, D. de hered. Inst. L. 12. in fin. de legat. 1.*

Ad L. Cum quidam. 24.

Idem A. Ioanni *præfecto prætorio*.

Cum quidam suum filiumfamilias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis, eidem autem pupillo alium substitutum reliquit, maximam scilicet ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti reliquit, sed post exheredationis iniuriam, etiam substitutionem ei addidit, & a substituto legatum reliquit: quærebatur, si huiusmodi legatum, vel fideicommissum posset valere. Sed & si legatum eidem exheredato filio pater reliquerit, & substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum: iterum certabatur, si saltem per eundem modum fideicommissum posset relinquere. Cum igitur antiquitas quidem hoc diverse tractare maluerit, nobis autem huiusmodi iurgia supervacua esse videantur: sancimus, nullo legato, nullo fideicommisso huiusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, prægravari: nec si ipsam rem, quam pupillo legavit, a substituto eius vel legare, vel fideicommittere voluit. Datum II. Kal. Maii, Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.

S U M M A R I A.

1. *Sententia huius legis.*
2. *An ab exheredati substituto legari, aut fideicommitti possit, & num. 3.*

1 Sententia est, † ab impuberis exheredati substituto legatum, aut fideicommissum inutiliter relinquitur, quanvis pater filii exheredati leget, & id ipsum corpus leget a substituto. Hæc summa tres sententias continet, quarum unaquæque suam

suam dubitationem habet. Prima illa est:
2 Ab † exheredati substituto legari, aut fideicommitti non posse. Regula vetus est, non hoc tantum loco constituta, *L. antepenult. de legat.* 1. Hæc ut intelligatur, sciendum est, patrem filio impuberi, quem in potestate habet, heredem substituere posse in hunc casum, si impubes intra pubertatem decesserit; neque id tantum filio impubere herede instituto, sed exheredato, ut dicat hoc modo: Filius meus impubes exheres esto, si is intra pubertatem decesserit, Lucius Titius ei heres esto, *L.* 1. *§.* 1 *de vulg. substit. in pr.*
3 *§. non solum*. Hinc quæsitum est, † cum exheredato impuberi pater heredem substituit, an ab hoc substituto legatum, aut fideicommissum relinquere possit?

Controversia nascitur ex alia regula iuris, qua efficitur, quibuscunque aliquid datur testamento, ab his fideicommissum relinqui posse, *L.* 1. *§. sciendum, de legat.* 3. Secundum quam regulam videbatur dici debere, etiam a substituto exheredati relinqui posse; quia pater, qui relinquit, prius ei hereditatem filii impuberis dedit: sed placuit, quod supra scripta regula comprehensum est, ab hoc substituto relinqui non posse. Idque hac ratione, quia pater a filio ipso exheredato legare, aut fideicommittere non potuit. Nam cui testamento nihil dedimus, ab eo nihil relinqui potest, *L. ab eo, infr. de fideicommiss. L.* 6. *§. ult. de legat.* 3. Porro qui non habuit ius legandi ab eo exheredato, is plus iuris in personam heredis eius transferre non debet. Ratio est Iuliani in *L. qui fundum, §. qui filios, in fin. ad L. Falcid.* Ratio sumpta est ex regula iuris nota, quod qui in ius & locum alterius succedit, eodem iure uti debeat, *L. qui in ius, D. de reg. iur.* Non obstat, quod dicitur, quibus testamento aliquid datum est, ab his fideicommissum relinqui posse. Hoc enim sic intelligendum est, si testator aliquid de suo dederit, ut intelligitur ex *L. qua ratione, §. quod nullo, circ. fin. D. ad L. Falcid.* Sed & illud recte dici potest, cum pater filio impuberi exheredato heredem substituit, non videri patrem quicquam dare substituto, neque de suo, neque de alieno. Nam magis videtur impubes ipse dare, facto tamen & auctoritate patris: nam substitutio pupillaris est impuberis testamentum, tametsi pater hoc ei testamentum fecit, ut dicitur in dicta *L. Papinianus, §. sed nec impuber. D. eod.*

Quid si in superiori hypothesi retenta, pater filio impuberi exheredato fundum legarit, & tantundem leget ab exheredati substituto, videbatur hoc saltem casu a substituto legari, aut fideicommitti posse: commutata videlicet in contrarium ratione, propter quam dicebamus a substituto exheredati legari non posse. Hæc enim est ratio: quia ab exheredato ipso legari non poterat; at ratio cessat, cum exheredato quid legatum est. Nam hoc casu ab exheredato tantum relinqui potest, *L. coherede, §.* 1. *in fin. D. de vulg.* Unde effici quis non immerito dixerit, ut etiam ab eius herede relinqui possit; quoniam cessante ratione iuris, etiam ius locum non habet, *L. quod dictum, de pact.* Ad huius sententiæ confirmationem facit regula iuris, qua diserte id expressum est in *L.* 5. *§. ult. de legat.* 3. his verbis: *Cum ab herede, aut legatario relinqui potest, etiam ab heredis & legatarii herede fideicommissum relictum valere, benignum est*. Sed tamen etiam hoc casu placuit ab exheredati substituto legatum, aut fideicommissum relinqui non posse, non tantum hac lege, sed etiam iure veteri. Extat enim hæc sententia in *d. L. qui fundum, §. qui filio* vers. *ne cui contrarium, ad L. Falcid.*

Non obstat, quod exheredato, cui legatum datum est, fideicommissum relinqui potest. Non enim si ab herede relinqui non potest, quod ab exheredato non potuit: idcirco recte colligitur, contra si quid exheredato legari potest, recte etiam legari posse ab eius herede substituto. Nam quod ab exheredato cui legatur, fideicommissum relinqui potest, id beneficium personale est, nec personam exheredati egreditur: quoniam non est eadem ratio in herede filii, quæ in filio ipso. A filio exheredato, cui pater legatum dedit, fideicommissum relinqui potest; quia pater ei tantundem dedit, aut amplius. Hæc ratio locum non habet in substituto filii; quia pater huic substituto nihil de suo dare intelligitur. Nec nos moverit, quod dicitur a legatarii heredibus fideicommissum relinqui posse, dicta *L.* 5. *de legat.* 3. Nam haud simpliciter dicitur fideicommissum ab heredibus legatarii relinqui posse, aut relictum valere; sed valere *benignum esse*.

Ex his verbis intelligimus, hanc regulam locum habere solum in aliis legatariis, non autem in legatario filio exheredato, hac ratione; quia quod benigne in aliis recipitur, id in exheredato recipiendum non est propter odium exheredationis paternæ. Exheredationes enim ut res odiosæ benignitate interpretationis adiuvandæ non sunt, *L. cum quidam, in fin. de lib. & postum.* Sed

Sed cum hæc sententia fuerit etiam veteris iuris, quid opus erat Iustiniani constitutione ad eam confirmandam? Respondeo: Quia tertiam dubitationem Iustinianus dirimit. Quærebatur enim amplius, si pater non potest aliud tantundem relinquere a substituto exheredati, an salrem non possit idem illud corpus relinquere, quod prius exheredato legarat? Et Iustinianus adiicit, ne hoc quidem patri concedendum esse, in odium exheredationis, ut ipse in principio huius constitutionis significat.

Ad L. penult.

Idem A. Ioanni *præfecto prætorio.*

Si legatarius, [vel fideicommissarius] celaverit testamentum, & postea hoc in lucem emerserit, an posset legatum sibi relictum is, qui celaverit, ex eo testamento vindicare dubitabatur. Quod omnimodo inhibendum esse censemus, ut non accipiat fructum suæ calliditatis, qui voluit heredem hereditate sua defraudare; sed huiusmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem, quasi pro non scripto apud heredem, ut qui alii nocendum esse existimavit, ipse suam sentiat iacturam: quemadmodum si legatarius, cui propter tutelam gerendam aliquid relictum sit, non subierit tutelam: ei quidem legatum aufertur, pupillo autem adsignatur, cui ille utilis esse noluit. Dat. Kal. Nov. Constantinop. post consulat. Lampadii & Orestis VV. CC.

SUMMARIUM.

1. *Legati actionem amittit is, qui tutor datus tutelam non subiit.*

SEntentiam huius legis complexi sumus ad *L. 5. supr.* Notandum est, quod
1 hic dicitur, eum † legati actionem amittere, qui tutor datus tutelam non subiit. Hoc enim generalius dictum est; sed ita accipi debet, si is qui tutor datus erat, cum posset, tutelam suscipere noluit, non etiam, si non potuit, *L. post legatum, §. amittere, D. de his, quæ ut indig. aufer. L. qui tutelam, D. de testam. tut.* Quod si quis ideo tutelam non subiit, quia non potuit, nihilominus ei legatum salvum est. Is non potuit tutelam subire, qui tutor iure dari non potuit, ut miles. Et ad hanc caussam supra constitutum est, *L. ab administratione, supr. h. t.* si miles tutor datus, tutor non fiat, nihilominus eum legatum consequi. Is etiam tutor esse non potest, qui cum ex inquisitione magistratus dari deberet, & paratus esset tutelam suscipere, a prætore non est admissus, ut non satis idoneus. Et ob hanc caussam placuit eum, qui ita admissus non est, nihilominus legatum consequi, *L. cum filius, §. non iure D. de legat. 2.* Hæ superioris regulæ exceptiones non sunt, sed confirmationes potius. Confirmant enim eum solum, qui tutor datus tutelam non subiit, legatum amittere, quia noluit tutor esse, de quo solo regula concepta est.

Ad L.

Ad L. ult.

Idem Augustus Ioanni *præfecto prætorio.*

Illud, quod de legatis, vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes etiam talem legatorum, vel fideicommissorum speciem valere & firmitatem habere. Cum enim iam constitutum sit fieri posse temporales donationes & contractus: consequens est etiam legata vel fideicommissa, quæ ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari: post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis, vel fideicommissis remeantibus, necessitatem habente legatario, vel fideicommissario cautionem in personam heredis exponere, ut ei post transactum tempus res non culpa eius deterior facta restituatur. Dat. XV. Kal. Nov. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Legata temporalia, quamvis ad tempus data, nihilominus sunt perpetua.*

2. *Legatum temporale utrum finiatur tempore præstituto, prætorio ipso iure, an per exceptionem.*

CUm decem annua Titio legata sunt, usque ad decem annos; aut cum fundus Titio legatus est usque ad decem annos, & si qua sunt legata Titio ad tempus usque certum relicta, quæ
1 in hac † lege temporalia vocantur, de iis ita ius olim fuit, ut quamvis ad tempus data sint, nihilominus essent perpetua, quia tempore finiri non possunt, secundum regulam iuris *L. nemo*, *D. de legat.* 1. Regulæ iuris id exigunt, ut obligatio semel cœpta non finiatur, nisi & iure constitutis modis, *tit. Instit. quibus modis toll. oblig.* Inter hos autem modos non est solum factum, aut sola voluntas testatoris. Hæc ratio significatur in *L. obligationum fere, in princip.* versic. *placet*, *D. de oblig. & act.* Iustinianus hac lege hoc ius mutavit, & eiusmodi legata omnia confirmavit, ut valerent non minus, quam cætera.
2 Hic quæsitum est, utrum † ex hac constitutione legatum temporale finiatur tempore præstituto præterito, ipso iure, an per exceptionem? Movet quæstionem, quia etiam olim huiusmodi legata finiebantur ope exceptionis. Nam si legatarius legatum post decem annos annuum peteret, ab herede quidem iure peteret, sed exceptione doli mali submovebatur, quia petebat contra conventionem. Idque expressum est in dicta *L. obligationum fere*, vers. *placet*. Hinc quærimus an idem etiam nunc post hanc constitutionem probandum sit? Quod vulgo probatur.

Sed perspicuum est, Iustinianum hæc legata omnia constituere temporalia, ita tempore constituto finito ipso iure finiri. Id autem planum fit ex eo, quod dicit, se in eo vetus ius emendare. Nihil emendaret in iure veteri, si legatum tempore, iure non finiretur, sed tantum per exceptionem; nam & olim idem ius fuit. Deinde ita scribit, se constituere, ut legata temporalia, quæ prius irrita erant, non valeant: prius erant irrita iure summo tantum, non iure prætorio. Hoc igitur constituit etiam ipso iure non valere nunc ea legata. Quod autem dicitur legata temporalia olim non valuisse, sic accipiendum est: ut non valuerint, quatenus temporalia erant: nam quatenus legata erant, debebantur & erant perpetua, sed quatenus iis tempus adiiciebatur, ad quod usque legata valerent, hactenus adiectio non valebat.

Iustinianus addit, se hoc constituere, quia & idem ante in donationibus receptum erat, & idem in contractibus: quod de donationibus tantum quibusdam, & quibusdam contractibus accipiendum est, alioqui sententia falsa. Nam cum alicui dono

Digitized by Google

dono fundum ea lege, ut id faciat, aut non faciat: caussa non secuta non revocatur dominium ipso iure, sed tantum condictio ob caussam *L.* 4. & *L.* 5. *supra, de condict. ob cauff.* Sed solum ipso iure finitur dominium rei donatae in specie, cum donator dedit alicui, ut ab eo aleretur, & caussa secuta non est; *L.* 1. *infra, de donat. quae sub. mod.* Idem in contractibus dicendum est: nam si tibi vendiderim fundum, & tradiderim, ut tuus sit, donec illud non faceres, caussa non secuta; nihilominus fundus tuus manet, nec alia mihi actio tecum est, quam actio in personam ex venditione, ut mihi rem reddas. Solum dominium translatum ipso iure finitur, cum res vendita est & tradita lege commissoria, idest, ea lege, ut si intra certum tempus pretium solutum non esset, fundus inemptus esset, *tit. de lege commissoria*. Has igitur species io hac lege accipere debemus.

De his itaque caussis haec constitutio accipienda est, quorum argumento Iustinianus dicit, se idem constituere in legatis omnibus temporalibus, ut post tempus constitutum, & decem annua desinant ipso iure deberi, & fundus legatus desinat ipso iure legatarii esse. Quamobrem caussam adiecit Iustinianus, non aliter huiusmodi legata praestanda esse legatario, ubi aliquid illi daretur, quod postea restituendum esset, quam si caveret heredi, se id legatum post tempus constitutom restituturum salvum & integrum, quod sine culpa sua fieri posset, cuiusmodi cautio recepta est in re fructuaria, quae fructuario fruenda datur, *L.* 1. *D. usufr. quemadmodum caveat*.

Auctor Lectori.

QUoniam titulus sequens tantum de verborum significatione, non de iure est, omnia rescripta eius talia sunt, ut legenti facilia sint, itaque pergimus ad seq. tit.

AD TITULUM XXXIX.

COD. SI OMISSA SIT CAUSSA TESTAMENTI.

Ad L. si in fraudem. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Ianuariæ.

Si in fraudem legatorum transmissam hereditatem ad substitutum probatura es: utilis actio adversus eum cum quo fraudis consilium participatum est, tibi competit. Plane si pecunia accepta omisit aditionem: legata & fideicommissa præstare cogitur. Accep. Kal. Octob. Fusco & Dextro Coss.

Ad L. Eum. 2.

Impp. Philippus A. & Philippus C. Victoriæ.

Eum qui cum testamento posset obtinere hereditatem, ab intestato ius successionis voluit amplecti: libertatibus eodem testamento datis obesse non posse, iam pridem placuit. Quod si cum iam neque adiri ex testamento hereditas, neque bonorum possessio peti possit, iudicium defuncti non usurpabitur, sed ad irritum iuris ratione revocatum est: petitio relictorum nullo iure procedit. Si vero iure facto testamento, cessante herede scripto, alter ab intestato adiit hereditatem: neque libertates neque legata ex testamento posse præstari, manifestum est. PP. Kal. Ian. Philippo A. & Titiano Coss.

Ad L. Si Proculiana. 3.

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. & CC. Apro & Piæ.

Si Proculiana patri vestro, cuius estis heredes, testamento quid reliquit, & scripti iure secundum eius iudicium, vel omissa caussa testamenti successerunt ab intestato: aditus competens iudex, quatenus legis Falcidiæ modus patitur, vobis relicta restitui iubebit. Dat. XV. Kal. Ian. Sirmii. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Actio legatorum, seu fideicommissorum nova in quem detur.*
2. *Omittere hereditatem quis dicatur, quis item caussam testamenti.*
3. *Actio legatorum, seu fideicommissorum quibus, quarum rerum gratia, & quatenus detur.*

Heredem legatis teneri certum est, si hereditatem ex testamento adierit, de quo dictum ad *L. 2. sup. de legat.* Placuit Imperatoribus etiam eum, qui ex testamento hereditatem omisisset, legatis obligari, si ab intestato possideret hereditatem, *L. ult. hic*. Quam ob caussam merito hic titulus superiori *de legatis* subiun-

iungitur, ut intelligeretur, quæ in totum obligatio esset heredis in præstatione legatorum. De hac parte fuit edictum prætoris ad hanc sententiam: *Si quis omissa caussa testamenti, ab intestato hereditatem, partemve eius possidebit, aut dolo malo fecerit quo minus possideret, quo legatarii, cæterique quibus ex iudicio defuncti aliquid deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, careant iis, quæ sibi relicta sunt: in eum perinde, quasi ex testamento adiisset, cognita caussa, actionem dabo.* Hæc propemodum verba edicti fuisse, arguunt ea fragmenta, quæ iuris auctores veteres interpretantur, *sub eodem tit. D.*

Sed singulæ partes facile notabuntur in explicatione edicti, & totius huius tituli, quam subiicio. Constituitur hoc edicto actio legatorum, seu fideicommissorum nova, & quæ iure civili est incognita. Videndum est, in quem detur, quibus detur, quæ sit actio, & quatenus detur.

1 Hæc † actio in eum datur, in quo quatuor concurrunt. I. Eum esse oportet, qui omisit caussam testamenti, *L. 1. in pr. D. h. t.* unde titulus, *Si quis omissa caussa, &c.* Omittere † hereditatem maxime is
2 dicitur, qui cum posset ex testamento hereditatem obtinere, vel per se, quia institutus erat; vel per alium, quia institutus erat eius servus, aut filius, quem in potestate habebat: noluit hereditatem ex testamento habere, quod contingit in extraneis heredibus repudiando; in suis se abstinendo hereditate, aut iubendo, ut is, per quem acquirere potuimus, repudiet, *L. 1. in pr. ver. & nihil refert. L. 1. § prætermittere. D. eo.* Hic volumus non aliter videri omitti hereditatem, quam si quis ideo non adeat, quia noluit, cum posset. Ex quo intelligitur, si quis heres testamento institutus ideo hereditatem non adiit, quia testamentum iure non valuit, non teneri legatariis, quanvis ab intestato defuncti possideat hereditatem, quod scriptum est in *L. 2. h. t.* scilicet quia qui iure non potuit esse heres, non potest dici ex superiore definitione omisisse hereditatem. Edictum autem ad eos solos pertinet, qui omiserunt caussam testamenti. Præterea omittere caussam testamenti etiam dicitur, qui testamento præteritus bonorum possessionem contra tabulas adversus testamentum patris petere potuit. Et ideo placet, si is omissa bonorum possessione contra tabulas ab intestato petat bonorum possessionem, *unde liberi*, eum in solidum legata præstare debere, quæ certis tantum personis deberet, si petiisset bonorum possessionem contra tabulas, *L. quia, 6. §. pen. L. si filius. D. eod.*

Sed quomodo dici potest testamenti caussam omittere, qui ex testamento nihil habuit, quantumvis non petat bonorum possessionem contra tabulas. Item quæro, etiamsi bonorum possessionem contra tabulas peteret, quomodo dici possit caussam testamenti sequi, qui testamento præteritus est? Resp. Hoc ideo responsum est, quia existimatum est, non solum bonorum possessionem secundum tabulas esse ex testamento, sed etiam bonorum possessionem contra tabulas, quia neutri locus esset, nisi testamento rite facto. Sunt autem, qui bonorum possessionem petere possunt, non tantum heres testamento institutus, aut filius testamento præteritus, qui omittere potest caussam testamenti, & ab intestato possidere hereditatem; sed etiam legatarius, cui testamento aliquid relictum est, quod facit tunc, cum dolo malo facit, ut heres scriptus omittat hereditatem, & sic non ex caussa testamenti legatum obtineat ab herede. Itaque placet hoc casu, si is legatarius rogatus sit testamento legatum id restituere, fideicommissi nomine obligari, tanquam qui omissa caussa testamenti possideat hereditatem, vel rem hereditariam, *L. 4. §. quamquam, D. eod.*

Ex hac parte intelligimus, si quis non sit testamento institutus heres, & ab intestato possideat hereditatem, eum legatariis non teneri ex hoc edicto, quoniam non omisit caussam testamenti, qui ex testamenti caussa nihil habuit. Sed hoc est, nisi is, qui ita possidet hereditatem ab intestato, participato cum heredibus scriptis fraudis consilio hereditatem possideat. Nam hunc placuit utili actione teneri, *L. 1. §. ult. D. eod.* Et ideo si heres scriptus pecuniam accepit, ut omitteret hereditatem, vel gratis omiserit hereditatem, hoc consilio, ut hereditas ad substitutum, aut legitimum heredem perveniret: hoc casu utili actione a legatariis & fideicommissariis conveniri potest. Utili, idest, non ex verbis edicti, quoniam heres possidet hereditatem, sed non omissa caussa testamenti; verum ex sententia prætoris, seu edicti, quia perinde est, quasi omisisset caussam testamenti, qui huius omissionis fructum percipit. De herede scriptum est *L. 2. 3. 4. D. h. t.* De substituto est. *L. 1. h. t.*

Non sufficit omisisse caussam testamenti, nisi quis possideat hereditatem, vel partem eius, aut dolo malo fecerit, quo minus possideret. Horum igitur alterutrum concurrere oportet. De eo, qui possidet est

est in *L.* 1. statim *in pr.* Nihil autem refert, utrum quis possideat hereditatem, an partem, an vero etiam hereditatis rem hereditariam minimam, *L. etsi, cum* 3. *seq. D. h. t.* In eadem caussa eum possessore est is, qui dolo malo fecit, quominus possideret, de quo in *L.* 1. *sane interveniente*, §. *seq. D. h. t.* idque ex regula iuris perpetui constituitur; secundum quam par caussa est eius, qui possidet, & eius, qui dolo desiit possidere, secundum quam eandem regulam semper qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, *L. qui dolo, de reg. iur.* Duo dolo facere intelliguntur, quo minus hereditatem ab intestato possideant. Primo & quidem proprie hi, qui ab intestato possidere coeperant; deinde ad alium hereditatem, quam possidebant, transtulerunt volentes scientes, cum ab his hereditas non evinceretur, *L.* 1. §. *sane interveniente*, vers. *dolo*, *D. h. t.* Deinde hi, qui ab initio malitiose fecerunt, ne hereditatem possiderent, quo ea vel ad substitutum, vel ad heredem legitimum perveniret, *L.* 1. §. *pen. D. h. t.* Et ideo sive heres scriptus pecunia accepta omisit hereditatem, sive nulla pecunia accepta, sed tantum gratia substituti aut legitimi heredis idem facit: utroque casu actione tenebitur, non utili, sed directa, quoniam dolo fecit, quo minus possideret. De eo qui pecunia accepta omisit hereditatem est, in *L.* 2. *D. eod.* De eo, qui omisit gratia, tantum est in *L.* 4. *D. eod* Sed ita, ut ex ea lege non satis aperte colligatur, utrum hoc casu heres omittens hereditatem conveniri debeat; sed satis intelligitur ex eo, quod dolo possidere desiit, & hic generaliter dicitur ex edicto teneri, *d. L.* 1. §. *pen.* Secundum hæc eveniit, ut cum heres institutus dolo malo hereditatem omittit, quo ea perveniat ad substitutum, aut heredem legitimum, hoc casu incipere duos teneri ex hoc edicto legatariis; heredem scriptum directa actione, quia omissa caussa testamenti perinde habetur quasi possideret, cum dolo desierit possidere; & præterea substitutum & heredem legitimum utili actione, ut in superiori parte dicimus, & *L.* 1. *h. t.* comprehensum est.

Ubi tamen monendi sumus, hoc casu prius conveniendum esse & executiendum possessorem; deinde si ab hoc omnia obtineri non possunt, tum secundo loco perveniendum esse ad eum, qui dolo malo omisit hereditatem. Quæ cautio diligenter notanda est ex *L.* 2. *D. eod.*

Ex hac parte primum colligimus, si quis omisit caussam testamenti, neque hereditatem possidet, aut dolo malo possidere desiit, hunc legatariis nullo modo teneri, quamvis alii possideant hereditatem ab intestato. Liberum est enim cuivis hereditatem non adire & implicari hereditariis oneribus, *L. si quis*, *D. eod.* Alterum ex eadem colligimus parte, si heres institutus omissa caussa testamenti non possideat hereditatem, neque dolo fecerit, quo ad alium perveniret, alius vero ab intestato possideat, evenire id quod scribitur *L.* 2. *in fin. h. t.* nempe legata nullo modo præstari debere: non enim tenetur heres institutus, qui omisit quidem caussam testamenti, sed non possidet hereditatem: non etiam is, qui possidet hereditatem; quia neque caussam testamenti prius omisit, cum institutus non esset, neque fraudis consilium participare potuit cum eo, qui dolo nihil fecit.

Ne hoc quidem satis est, omissa caussa testamenti possidere hereditatem, partemve eius; sed & tertium concurrere oportet, ut quis possideat hereditatem, partemve eius ab intestato, ut omnia hic rescripta declarant, & est in *L.* 1. *in pr. D. eod.* Ab intestato possidere hereditatem intelligitur qui possidet tamquam heres: nam iure intestati non nisi heres possidet. Sive igitur quis iure legitimo heres erit, ut olim agnati; sive quis bonorum possessionem petierit, ut cognati; sive etiam quis hereditatem nullo iure possideat ab intestato; possideat tamen tanquam heres, quod se heredem contendat, aut heredem esse velit, is est, qui hac edicti parte tenetur, *L.* 1. §. *non quærimus*, *D. eod.* Quod si quis omissa caussa testamenti possidet rem aliquam hereditariam, sed titulo singulari, velut pro dote, pro empto, pro donato; item quia legatorum servandorum caussa, aut rei servandæ caussa in possessionem rerum missus est, is non tenetur hoc edicto; quia non possidet intestati titulo, sed alio iure, *L. ult. L.* 1. §. *non quærimus*, *D eod.*

Hic excipitur substitutus, qui participato fraudis consilio cum herede instituto hereditatem possidet; nam hunc diximus utili actione teneri, *L.* 1. 2. 3. *D. h. t.* Et tamen hic ab intestato non possidet hereditatem, verum ex testamento, nempe ex substitutione. Sed habita ratione institutionis, perinde habetur, quasi ab intestato succederet & obtineret hereditatem; videtur enim magis succedere in locum instituti. Excipiendus præterea est legatarius, de quo supra ex *L.* 4 §. *pen. D. eod.*

D. eod. Nam hic tametsi omissa caussa testamenti obtineat legatum; tamen non obtinet tanquam heres, sed titulo privato. Ex hac distinctione nata est inscriptio tituli in *D. Si quis omissa caussa testamenti ab intestato, vel alio iure possideat hereditatem.* Qui ab intestato possidet, tenetur, qui alio iure, non tenetur.

Ad hæc omnia & quartum exigitur, ut quis ex hoc edicto legatariis teneatur. Id autem est, ut qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet, id fecerit in fraudem legatariorum, & cæterorum, quibus quid testamento datum est, quo carerent his, quæ tibi relicta sunt, quæ pars indicatur in *L. 1. in pr.* sed apertius in *§. sane interveniente*, vers. *dolo*, *D. eod.* Ex quo intellectum est, non teneri hoc edicto eum heredem scriptum, qui sine fraude hereditatem omisit, & ab intestato possidet, ut sibi consuleret, cuiusmodi est patronus, si sit a liberto institutus ex legitima portione, sed ea portio legatis sit exhausta, *L. quia autem*, *§. si patronus*, *L. excusatus*, *D. eod.* Simile exemplum est in filio instituto, quem pater nimium oneravit, to *L. quæsitum*, *D. de acq. her.* Hæc cum in aliquem concurrent, tum is erit, lo quem actio ex hoc edicto competat.

3 Cæterum † quibus detur, quarum rerum gratia, quæ actio, & quatenus detur, continetur in his verbis edicti: *Perinde ac si ex testamento hereditatem adiisset.* Quæ verba in edicto expressa fuisse constat, ex *L. si duo*, & *L. si dolo*, *D. eod.* Ex his primum intelligitur hanc actionem permitti legatariis, & his, quibus testamento quid datum est. Nam iis teneretur heres, si ex testamento hereditatem adiisset. Ex iisdem verbis intelligimus, non tantum legata ex edicto peti posse, sed etiam salvas esse libertates testamento relictas tam directas, quam fideicommissarias. *L. antepen.* *§. 1.* *L. pen.* *L. de libertatibus*, *D. eod.* Quod & expressum est in *L. 2. in pr. h. t.* Ex iisdem verbis intelligimus, quatenus legatorum, sive fideicommissorum nomine actio detur in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato convenitur. Nec minus ex illis verbis intelligitur, quæ sit actio, & qualis tum in legatariis, tum in heredibus. Seu intelligitur, quatenus detur actio in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet. Intelligimus autem ita dari, ut quemadmodum tenetur possessor legatariis; ita etiam eadem commoda consequatur, quæ habiturus esset, si ex testamento hereditatem adiisset.

Ea autem commoda tria sunt. Primum, quod ei, qui omissa caussa testamenti ab intestato possidet hereditatem, commodum legis Falcidiæ concedatur, ut quemadmodum legata ex hoc edicto præstari, sic ex hac parte edicti ea præstet, retenta quarta ex lege Falcidia, *L. si duo*, *§. ult.* *L. cui*, *D. eod.* *L. ult. h. t.* Id autem ex eo efficitur, quia si heres ex testamento hereditatem adiisset, beneficio legis Falcidiæ citra controversiam uteretur. Nam ea lex ad heredes scriptos pertinet. Secundum commodum est, quod si duo omissa caussa testamenti ab intestato possidebunt hereditatem, singuli in solidum tenentur legatariis, sed pro ea tantum parte, quam possident, *L. si duo*, *L. si dolo*, *D. eod.* Nam & idem efficeretur, si duo testamento hereditatem adiissent: tenentur enim heredes oneribus hereditariis pro portione tantum hereditaria, *L. 2. infr. de her. action.* Tertium commodum est in libertatibus fideicommissariis, & si is, qui omissa caussa testamenti ab intestato possidet hereditatem, servis hereditatem præstiterit ex caussa fideicommissi, hos sibi libertos habeat, *L. penult.* *D. eod.* Nam & idem iuris foret, si ex testamento hereditate adita manumisisset, *§. ult. Inst. reb. per fideicom. relict. sing.*

Sed datur hæc omnis actio non simpliciter, verum caussa cognita, ut est in *L. quia autem*, *§. non simplic.* *D. eod.* Quibus verbis significatur, prætorem ita actionem dare adversus eum, qui omissa caussa testamenti hereditatem ab intestato possidet, nisi aliqua æquitas suadeat, ne detur, & an sit aliqua æquitas prætorem cogniturum & æstimaturum. His autem verbis contineri intelligimus, neque hanc actionem dari semper in eum, qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem possidet, neque dari semper omnibus legatariis.

Ex his, qui omissa caussa testamenti ab intestato possident, non tenentur ex hoc edicto ii, qui facultatem omittendi ex testamento nominatim a testatore acceperunt; quoniam prætori in hoc edicto solum propositum fuit, ut voluntas testatoris servaretur, *L. quia autem*, *§. plane*, *L. 5. §. non simpliciter*, *D. eod.* Item qui cum hereditatem ab intestato cœpissent possidere, ab his postea hereditas evicta est sine ulla adversarii collusione, *d. §. non simpliciter*.

Ex legatariis autem excipiuntur ii, qui & ipsi omissa caussa testamenti ab intestato possident hereditatem, utputa heredes insti-

instituti sunt Titius & Mævius. Mævio centum legata sunt, ambo omissa hereditate ex testamento, ab intestato possident hereditatem. In hac specie actio non erit Mævio adversus coheredem, denique centum legata non debebuntur, *L. quidam*, *D. eodem*. Idem est si legata sunt data substitutis ab institutis, iidemque omissa caussa testamenti ab intestato possideant hereditatem. Nam hic placet substituto legata sibi relicta ab instituto non deberi, *L. si non solus*, §. 1. *D. eod.* Huius sententiæ æquitas manifesta est: nam indignus est auxilio edicti, qui ipse adversus edictum committit, *L. auxilium, in fin. D. de minorib.*

AD TITU-

AD TITULUM XL.

COD. DE INDICTA VIDUITATE, ET LEGE IULIA MISCELLA TOLLENDA.

Ad L. Legatum. 1.

Imp. Gordianus A. Bono.

Legatum alii sub conditione sic relictum, si uxor nuptui se post mortem mariti non collocaverit, contractis nuptiis conditione deficit: ideoque peti nequaquam potest. PP. XIV. Kalend. August. Gordiano. A. II. & Pompeiano Coss.

Ad L. Ambiguitates. 2.

Imp. Iustinianus A. Ioanni. P. P.

Ambiguitates legis Iuliæ Miscellæ generali lege tollentes, nullum concedimus fieri iuramentum secundum prædictam legem, sed penitus ea una cum Mutiana cautione super hac caussa quiescente, licere mulieribus etiam maritorum suorum interminatione spreta, quæ viduitatem eis indicit, & non dato sacramento, procreandæ sobolis gratia tantum ad secundas migrare nuptias, pœna huiusmodi cessante sive habeat liberos, sive non: & ea percipere, quæ maritus dereliquit. Quorum omnium manifestissimum est, dominium minime eas liberis existentibus habere, usufructu tantummodo apud eas remanente, & ad liberos prioris tori proprietate eorum deferenda, secundum ea quæ de secundis nuptiis, & lucris quæ ex his mulieribus obveniunt, statuta sunt: ne ex necessitate legis & sacramento colorato periurium committatur. Cum enim mulieres ad hoc natura progenuerit, ut partus ederent, & maxima eis cupiditas in hoc constituta sit: quare scientes prudentesque periurium committi patimur? Tale igitur iuramentum conquiescat, & lex Iulia Miscella cedat cum Mutiana cautione super hoc introducta, a nostra republica separata. Augeri etenim magis nostram rempublicam, & multis hominibus legitime progenitis frequentari, quam impiis periuriis affici volumus: cum satis esse inhumanum videatur, per leges quæ periuria puniunt, viam periuriis aperiri. Dat. X. Kal. Mart. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC.

Authent. *Cui relictum.*

Cui relictum quid fuerit a coniuge, vel a qualibet persona ne secundas ineat nuptias: intra annum quidem non petat, nisi spes nuptiarum deficiat: post annum vero capiat, præstita cautione rei cum fructibus restituendæ, si contra fecerit. Pro re immobili iuratoria cautio fiat cum hypothecis: pro mobili (si persona sit idonea) eadem sit cautio: alioqui & fideiussor exigitur, si præstari potest. Contractis nuptiis res data vindicari potest: quod sic admittitur, ac si ei relictum vel ordinatum non esset.

Ad L.

Ad L. Legem Iuliam 3.

Idem A. Ioanni *præfecto prætorio*.

Legem Iuliam Miscellam quemadmodum in fœminis sustulimus, ita & in masculis esse sublatam, pertinere quidem ad sensum nostræ legis, quam super hoc promulgavimus, non est incertum, ne tamen quædam ambiguitas simplices animos moveat, etiam expressim sancimus legem Iuliam Miscellam, & senatusconsultum quod circa eam factum est, necnon Mucianam cautionem, quæ super talibus nuptiis introducta est, non solum in fœminis, sed etiam in masculis cessare. Sed quia apud Ulpianum in libris Sabinianis invenimus quædam verba, quæ effugiunt legis Miscellæ observationem: ne quis & ea sublata esse putaverit, sancimus, cum huiusmodi verbis mulieribus aliquid relinquatur, si vidua erit, *vel* quotiens vidua erit, *vel* cum vidua erit: *vel e contrario maribus*, si amiserint uxores: *vel* quando ad cœlibatum pervenerint: *non vetari ea vindicare, vel legitimo modo sumere, quæ eis derelicta sunt. Neque enim ut permaneant vel fœminæ in viduitate, vel masculi in cœlibatu, videtur esse relictum: ut locum ante nostram legem habeat lex Iulia Miscella, quæ iam perempta est: sed cum primum hoc evenerit, ilico competat talibus personis eius quod relictum est persecutio: quia sub conditione relictum esse videtur, sive semel, sive in annos singulos hæc liberalitas fuerit conscripta quasi pro solatio suæ tristitiæ. Dat. Kalend. Novemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC.*

SUMMARIA.

1. *Non omnes conditiones pro scriptis habentur.*
2. *De legato indictæ viduitatis.*
3. *Cautio Mutiana.*
4. *Conditio viduitatis an pro scripta habeatur.*

Legatum sub conditione recte relinquitur, ut non aliter debeatur, quam si conditio exstiterit, *L. 1. de cond. & de-*
1 *monst.* Quædam † tamen conditiones excipiuntur, quæ adiectæ legato pro non scriptis habentur, nimirum impossibiles conditiones, *L. obtinuit, de cond. & demon.* In his, quæ sunt contra leges, numeratur hæc conditio, quæ viduitatem alicui iniungit, cum ita alicui legatur, *mulieri, si non nupseris: viro, si uxorem non duxeris.* Et ideo legatum sub hac conditione relictum, & nubenti mulieri & viro uxorem ducenti nihilominus debetur, quasi conditione non adscripta. Idque lege Iulia Papia de maritandis virginibus effectum est, ut liquet ex *L. cum ita legatum, & L. hoc modo seq.* & earum legum inscriptionibus, *L. cum sale, §. si arbitratu, de condit. & demonstr.*

Hac conditione † iniungitur viduitas 2
proprie, cum hæc conditio refertur in personam ipsius legatarii, hoc modo: *Titiæ, si non nupseris*, vel, *Titio si uxorem non duxerit, heres meus centum dato.* Nam legatarius spe legati movebitur, ne vel nubat, vel uxorem ducat. Itaque constituit hoc legatum spreta conditione deberi, dicta *L. cum ita L. & L. sequen.*

Idem dicendum est, si conditio viduitatis collata sit in personam alterius, sed eius, qui sit in potestate legatarii, hoc modo: *Titio patri heres meus centum dato, si filia, quam is in potestate habet, non nupserit.* Nam hoc casu ut pater legatum consequatur, facile perficiet, ne filia nubat.

Idem iuris est, si conditio conferatur in personam alterius, sed ad quem legatum postea perventurum est, hoc modo; *Filio*

Digitized by Google

Filio illi filiusfamilias heres meus dato, si pater eius non duxerit uxorem; hic propter spem legati iniungitur viduitas patri, qui ut legatum per filium consequatur, uxorem non ducet, quo filius prius ad legatum perveniat. Ideo placet in duabus his speciebus posterioribus, conditionem viduitatis pro non scripta esse, & legatum statim capi posse, *L. heres meus, §. ult. D. de condit. & demonst.* Quoties autem conditio confertur in personam alterius, quam legatarii, & is, in quem confertur, plane extraneus est, placet legatum conditionale esse, veluti; *Titio heres meus dato, si Sempronia non nupserit*, placet in hac specie, & Sempronia nubente nihil deberi, & non nubente nihil deberi, priusquam constiterit illam amplius nubere non posse, puta quia mortua sit, quod in *L. 1. h. t.* scriptum est, hac ratione, quia huiusmodi conditione in personam alterius extranei collata, nulla viduitas iniungitur, propter spem & commodum legati. Nam & Sempronia nihil unquam ex legato consequitur, utpote, cui legatum non est, & ob hanc caussam non potest dici propter commodum legati inductam viduitatem.

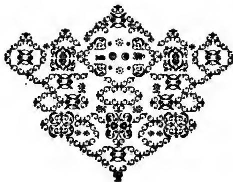
Hoc ius ex lege Papia ad omnes eiusmodi conditiones pertinuit, sive quibus prohiberentur primæ nuptiæ, sive secundæ, & ideo si maritus uxori suæ testamento aliquid legasset, si ea ad secundas nuptias non transiret, nihilominus ex lege Iulia uxor postea nubens legatum consequeretur: quoniam conditio viduitatem iniungeret; at eius generis conditiones omnes ex eo genere improbantur, *d. L. cum ita legatum, de cond. & dem. L. mulieri, & Titio, D. eod.*

Sed in hac parte secundarum nuptiarum postea nonnihil ius variavit L. Iuliæ Miscellæ, qua quid caveretur, exposuit Iustinian. in Novell. *de nup. §. quæ vero.* Erat autem legis hæc sententia: *Si maritus sub conditione superiori aliquid uxori legaverit, uxorem nihilominus intra annum, quo diceret se velle nubere, & legatum peteret, legatum esse consecuturam, etiam spreta conditione & interdictione mariti; si modo prius uxor iuraverit, se ad secundas nuptias transire liberorum procreandorum caussa. Quod si post annum legatum peteret, uxorem nubentem nihil consequi; si nondum nupsisset, ita legatum consequi, si interponeret Mutianam cautionem, idest, si caveret heredi, se, si nupsisset, postea legatum cum fructibus esse restituturam.*
3 Hæc enim † cautio est Mutiana, quæ ab omnibus legatariis exigitur, quæ exigitur sub conditione, si ipse aliquid fecisset, *L. Mutiana, D. de cond. & dem.* Hanc legem postea sustulit Iustinianus *L. 2. h. tit.* Qua lege veterem legem Iuliam Papiam in totum revocavit. Constituit † 4
enim, ut conditio viduitatis, & quæ prohiberet secundas nuptias, pro non scripta haberetur, non minus, quam si prohiberet tantum primas: qua lege effectum est, ut uxor, cui ita legatum est, ut diximus, legatum capere possit, etiamsi nubat, nec iuret, quo animo nubat. Proinde ab ea uxore non exigi cautionem ullam Mutianam de legato restituendo, si postea nupsisset. Et quod Iustinianus constituerat in legato uxori relicto, *si uxor ad secunda vota non transiret*, idem postea alia constitutione constituit in legato, quod uxor marito dedisset, sub conditione hac, *si maritus iterum uxorem non duceret*, quæ est *L. ult. h. t.*

Sed idem Iustinianus in *Novell. de nupt. §. quæ vero.* non modo revocavit L. Iuliam Miscellam, sed etiam in eo loco, quod prius constituerat circa eius legis emendationem, mutavit & constituit, ut conditione adscripta, quæ viduitatem a secundis nuptiis iniungeret, legatum, uti cætera legata valeret; nec reiici conditionem, non solum si maritus leget uxori, si uxor ad secundas nuptias non transierit, aut contra uxor marito leget sub hac conditione, si maritus uxorem non duxerit; sed etiamsi quivis extraneus sub ea conditione, quæ secundas nuptias prohibeat, leget vel mulieri, vel viro. Et ideo si mulier iterum nubat, aut vir iterum uxorem ducat: placet legatum non deberi, cuius conditio defecerit. Quod si neque mulier nupserit, neque vir iterum uxorem duxerit; placet petentibus legatum permittendum esse; sed interposita prius cautione Mutiana, qua caveant legatarii, se legatum restituturos, si ad secundas nuptias transierint; voluitque Iustinianus ad cautionem etiam adiici iusiurandum, aut hypothecam, aut fideiussores pro ea distinctione, quam ex verbis constitutionis licet cognoscere.

Huius constitutionis fragmentum & sententia relata est in *Auth. cui relictum. h. tit.* qua derogatur & *L. ambiguitates, & L. ult. hic.* Quapropter post hanc constitutionem Iustiniani nova hæc distinctio inducitur circa hanc conditionem, *si vir non uxorem duxerit, si mulier non nupserit*, ut multum intersit, utrum hæc conditio conferatur in personam eius, qui nunquam in matrimonio fuerit, ut sic conditio-

ditione prohibeantur primæ nuptiæ; an vero conditio conferatur in personam eius, quæ aut est, aut fuit in matrimonio, ut sic conditione secundæ prohibeantur nuptiæ. Posteriore casu conditio recte adiicitur, nec differt a cæteris conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, *ex Novell.* Iustiniani. Priore autem casu ius antiquum manet, de quo initio hic dictum. Illa pars *L. ult. h. tit.* diligenter notanda est, qua docemur multum interesse inter has conditiones, *Si vidua erit, vel cum erit, vel quando erit, & lego Titiæ, si non nupserit*. Nam priore conditione non iniungitur perpetua viduitas secundis, aut tertiis nuptiis, sed sufficit mulierem tunc esse viduam, cum dies legati cedit. Verum est enim, si vidua est, extitisse conditionem. Hac autem conditione: *si non nupserit*, non exigitur solum, ut non nupserit tunc, cum legatum petit, sed ne omnino nubat, quo fit, ut illa postea nubente legatum revocetur, si prius acceperit.



AD TITU-

AD TITULUM XLI.

COD. DE HIS, QUÆ POENÆ NOMINE IN TESTAMENTO, VEL CODICILLIS SCRIBUNTUR, VEL RELINQUUNTUR.

Ad L. Supervacuam. 1.

Imp. Iustinianus A. Mennæ *præfecto prætorio.*

Supervacuam observationem veterum legum, per quam testatorum voluntates ad effectum duci impediebantur, amputamus, præcipientes nullum valere, dicendo pœnæ nomine quædam esse relicta vel adempta in supremis testantium voluntatibus, eas infirmare: sed licere testanti pro implenda sua voluntate vel pecunias dari præcipere, vel aliam pecuniariam pœnam inferre quibus voluerit, tam in adimendis hereditatibus vel legatis vel fideicommissis vel libertatibus, quam in præcipiendo ad alias personas eas transferri ab eo cui relicta ab initio sunt, vel aliquid aliis ab eo dari, si minus dispositionibus suis heres vel legatarius vel libertate donatus paruerit. Quod si aliquid facere vel legibus interdictum, vel alias probrosum, vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit: tunc sine ullo damno, etiam neglecto testatoris præcepto, servabitur. Dat. Kal. Ian. Constantinop. D. N. Iustiniano. A. PP. II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Legatum pœnæ au & quatenus valeat.*
2. *Pœnæ nomine quando aliquid relinqui intelligatur.*
3. *Quicquid fit invitandi delicti caussa, turpe est.*
4. *Legata turpia nullius sunt momenti.*
5. *Pœna subiecta præcepto impossibili cur non valeat.*
6. *Conditio impossibilis legato adiecta pro non scripta habetur.*

INter eætera legata, quæ vel propter conditionem rei legatæ, vel propter personas, quæ legant, aut quibus aut a quibus legatur, vel propter observationem in legando, vel propter finem legati non valent, unum genus fuit, eum scilicet pœnæ nomine aliquid relinquitur, de quo
1 genere hic. Quod pœnæ eaussa legatur † & vel adimitur, vel transfertur, olim quidem ante hane eonstitutionem in totum nullius momenti erat. Ex hae eonstitutione hactenus non valet, si testator iussit aliquid impossibile, vel legibus interdictum, vel turpe, & nisi fieret, pœnam adieeit, dum vel aliquid legat ab eo, qui non fecit, vel quod ei legarat, adimit, aut in alium transfert. Res explieatur pluribus in §. *ult. Inst. de legat.* Pœnæ † 2
nomine relinqui aliquid intelligitur, cum testator heredem, legatariumve aliquid facere iubet, vel non facere, & pœnam adiicit, si adversus voluntatem suam fecerit, & hanc pœnam legat alii. Exempli caussa: *Heres meus Stichum servum meum exportato, si non exportarit, Titio centum dato.* Idem; *heres fundum illum ne alienato, si alienarit, Titio decem dato.* Pœnæ caussa adimi intelligitur in iisdem exemplis, si dicit testator; *Titio servo fundum Tusculanum do, lego: Titius servum Stichum exportato; si non: ei quod dedi, non do; vel quod ei dedi, Sempro-*

 nio

nio do, lego, ubi priore casu legatum adimitur, posteriore transfertur, utrumque pœnæ caussa. Congruit Iustinianus in *d. §. ult.* cum ait, pœnæ caussa relinqui, cum *relinquitur coercendi heredis, vel legatarii caussa, quo magis aliquid faciat, vel non* De hoc genere, igitur hoc ius fuit, ut quanvis testator possibile aliquid iussisset, nec turpe, nec illicitum; tamen quicquid pœnæ caussa legasset, aut ademisset, aut transtulisset, ob id, quod heres vel legatarius præcepto testatoris non paruisset, placebat nihilo magis legatum, aut ad ademptionem, aut ad translationem valere. Rationes non ineptas reddidit Theophilus in *d. §. ult.*

Iustinianus in hac specie contrarium hac lege statuit, & rationem habet; quia non minus in hac parte voluntas testatoris servanda fuit, quam in cæteris, ubi voluntas moribus simul & legibus naturæ non adversatur. Congruit hoc cum lege veteri: *uti quisque legassit*. *L. verbis legis, de verb. signific.* Itaque hoc ius in hac parte dubitationem habere non debet: sed illud in hac ipsa parte dubitationem habet, quod Iustinianus ait; Antea prioribus legibus pœnæ caussa legatum in totum non valuisse: quod & ante scriptum in *d. §. ult. Instit. de legat.* Hoc refelli videtur partim exemplis, præsertim duobus; partim certis locis in contrariam partem scriptis. Nam primum inter veteres interpretes constitit hoc legatum valere: *Heres meus filiæ penum dato, si penum non dederit, Titio* 10. *dato. L.* 1. de pen. leg. *L.* 1. *§. cum ita, D. ad leg. Falc. L. cum fine, L. si penum, D. quando dies legat. ced.*

Et tamen ex definitione superiori videntur hic 10. relicta esse pœnæ caussa. Adiicitur enim coercendi heredis caussa, *si penum non dederit*. De hac quoque specie veteres non dubitarunt, quin multa utiliter iniungerentur: *Heres meus monumentum arbitratu L. Titii ædificato, vel ad illam formam ædificato, si non ædificaverit, Sempronio* 100. *dato*, L. multa 6. *in pr. L. in testamento, D. de condit. & demonstr.* Hanc multam adiici fatemur, dicta *L. multa, de cond. & dem.* Postremo in *L.* 1. *D. h. t. de his, quæ pœnæ nomine relinq.* definitio eadem traditur, quæ in hac constitutione Iustiniani, nempe, *in pœnam relictum nullius esse momenti, si illicite, aut probrose datum sit*. Qua conditione declaratur, si quid illicite, aut probrose non sit iussum, etiam tunc valuisse, cum eius legis auctor id scribebat,

Ad huius rei explicationem diligenter cavebimus, ne idem respondeamus, quod Bartolus & alii interpretes, qui fingunt ab initio pœnæ caussa legatum non valuisse, ut hic scriptum est: sed temporibus Iureconsultorum ante constitutionem hanc Iustiniani ius secundum invaluisse, quo placeret eiusmodi legatum valere. Refragatur huic constitutioni manifeste; nam secundum superiorem sententiam nihil emendaret Iustinianus in veteri iure, quod contra se facere initio profitetur, & apertius in *d. § ult. Inst. de legat.* Nec vero est, quod dubitemus, ante tempora Iustiniani pœnæ caussa legatum non valuisse. Primo id generaliter scriptum est in *d. §. ult, Instit. de legat.* Convenit autem inter eruditos eas institutiones magna ex parte sumptas esse ex Institutionibus Caii. Idem confirmatur fragmentis Ulpiani *tit. de legat.* Sed præcipue id demonstratur in *L. si ita legatum* 12. *de condition. & demonstr.* ubi in specie, quæ illic proponitur, respondetur, legatum valere, & additur hæc ratio, quia in legato caussa addita est, non pœna. Hac ratione declaratur, si legatum pœnæ caussa datum esset, futurum fuisse, ut legatum non valeret. Non adversantur huic sententiæ ea exempla, quæ retulimus. Quod ut intelligatur, sciendum, cum dicimus pœnæ caussa legari, intelligimus de eo quod coercendi heredis caussa legatur. Quod probatur ex edicto de deposito. In eo proponitur actio inter cætera *de iis, quæ tumultus, sive incendii caussa deposita sunt*.

Hæc verba Ulpianus sic interpretatur, eum saltem videri incendii vel tumultus caussa deposuisse, qui nullam aliam caussam deponendi habuit, quam imminens ex his caussis periculum, *L.* 1. *in pr. & §. eum tamen, depos.* Hinc consequens est, non videri legatum esse pœnæ nomine, siquidem testator iussit aut legatarii caussa, aut sua ipsius caussa. At legatarii caussa totum hoc legatum comparatum est, *Heres meus uxori penum dato, si non dederit*, 100. *dato*. Hoc autem comparatum est testatoris caussa, *Heres meus mihi monumentum ædificato, si non ædificet*, 100. *dato*. Quare secundum superiorem definitionem in utraque hac specie non proprie pœnæ caussa legatum videri debet, ut non sit mirum, si veteribus in utraque specie multa recepta fuerit.

Quod attinet *ad L.* 1. *de his, quæ pœn. nomin.* non dubium est, quin locus interpellatus fuerit a Triboniano. Nam verba, quæ sunt in hac constitutione, eo translata sunt; & præterea non satis apte dici-

dicitur, cum quid *probroſe*, aut *illicite* iuberetur, & niſi fiat, adiicitur pœna. Non proprie dicitur, inquam, pœnam adiici *probroſe*, aut *illicite*. Sed ut locum tanquam ab Africano ſcriptum accipiamus, tamen non probat cætera legata pœnæ nomine relicta olim non valuiſſe. Fatemur enim, quod *illicite* pœnæ nomine relictum eſt, non valuiſſe, ut illic ſcribitur: ſed non ideo recte colligitur, valuiſſe cætera, quæ eodem modo relicta ſunt. Argumento eſt, quod etiam omnibus temporibus & nunc impoſſibilis præcepti pœna adiecta non valet: quam tamen nemo dixerit, illicite, aut probroſe adiici. Verum eſt igitur, quod Iuſtinianus *hac in L.* profitetur, in totum pœnæ cauſa legatum datum olim non valuiſſe, id ius ſe hic primum emendaſſe, ut huius generis legata itidem valerent ut cætera.

Excepit Iuſtinianus, ea legata pœnæ nomine relicta tunc, cum prius teſtator iuſſiſſet aliquid vel impoſſibile, vel legibus interdictum vel probroſum. Impoſſibilis præcepti exemplum hoc eſt, *heres meus Stichum (qui mortuus erat) intra triduum, quam moriar, in iudicio ſiſtito, ſi non ſtiterit, Titio* 100. *dato*. Homo mortuus ſiſti non poteſt, igitur hoc inutiliter præcipitur, quia impoſſibilibus pœna ſubiecta non debetur. Hoc idem fieret in ſtipulatione, ſi quis ſtipulatus eſſet hominem mortuum ſiſti, & niſi ſiſteretur, adieciſſet pœnam, *L. ſi homo, de verb. oblig.* Præcepti legibus interdicti exemplum eſt: *Heres meus ſororem ſuam uxorem ducito, ſi non duxerit*, 100. *dato*. Probroſi & turpis præcepti hoc: *Heres meus patrem ſuum domo eiicito, ſi non eiecerit, Titio* 100. *dato*. In his impune heres & ſororem ſuam non ducet, & patrem domi retinebit. Cur autem illicito, vel turpi præcepto pœna ſubiecta non debeatur, ratio in promptu eſt: quoniam ut præceptum, ſic & pœna illicita eſt & turpis, quoniam adiicitur invitandi & promovendi delicti cauſſa, quo magis heres velit ea peccare, quæ teſtator iuſſit. Quic-
3 quid † fit invitandi delicti cauſſa, turpe
4 eſt *L. 5. de dot.* Omnia † legata turpia nullius ſunt momenti, *L. turpia, de legat.* 1. Similiter, ut omnes turpes ſtipulationes, *L. generaliter, cum L. ſeqq. de verb. oblig.*

5 Sed † cur impoſſibili præcepto pœna ſubiecta non valeat, quæritur, ut in exemplo propoſito, *ſi heres hominem mortuum non ſtiterit*, 100. *dato?* Dubitationis cauſſa eſt, quia hoc legatum neque impoſſibile, neque turpe eſt, ut ſuperiora, nam 100. natura dari poſſunt, & ſi dabuntur, nullam ea res turpitudinem continet, neque futuram, neque præteritam, quia heres ad delinquendum non invitatur. Quod ſi ita eſt, idem videtur de eadem ſpecie legati ſtatui debuiſſe, quod de cæteris omnibus legatis puris. Dicendum eſt ideo, præcepto impoſſibili pœnam ſubiectam non deberi, quia & ipſa pœna eſt impoſſibilis. Poſſunt quidem 100. natura præſtari, ſed non poſſunt præſtari ut pœna, ex definitione pœnæ. Nam pœna eſt culpæ & delicti coercitio, ut ubi delictum non eſt, ibi nec pœna eſſe poſſit, *L. aliud eſt fraus, de verb. ſig.* Porro nullum delictum eſt in eo, nulla culpa, qui non fecit, quod per rerum naturam fieri non poterat. Proinde nec ibi pœna eſſe poteſt huius facti coercendi cauſſa. Et hæc vera ratio eſt, cur pœna impoſſibili ſtipulationi ſubiecta non magis valeat, quam impoſſibili præcepto, dicta *L. ſi homo, de verb. oblig.* Sed huic parti opponitur, *L. impoſſibilis, & L. in illa ſeq. de verb. oblig.* ubi placet, hanc ſtipulationem valere, & præſentem eſſe, *ſi in cælum non aſcendes*, 100. *debebis*. Et merito hæc ſtipulatio recepta eſt, quia nullam conditionem impoſſibilem habet, & ſi quam conditionem habet, ea etiam ſtatim extitit. Certum eſt enim, promiſſorem aſcendiſſe in cœlum, neque quandiu in hoc corpore vivit, aſcenſurum: illi autem ſtipulationi hæc ſtipulatio ſimilis eſt, *ſi hominem mortuum non ſiſteris*, 100. *debebis*. Quod ſi hæ ſtipulationes valent, multo magis propter voluntatem ſupremam defuncti valebit hoc legatum, *ſi hominem mortuum non ſtiterit heres*, 100. *dato*. Reſpondeo: ideo hæc ſtipulatio valet, *ſi in cælum non aſcenderis*, aut *ſi hominem mortuum non ſtiteris*, 100. *dabis*. Quia ſtipulatio incipit a conditione Hæc autem conditio non eſt conditio, aut ſi eſt, nihil impoſſibile continet. Proinde idem in legato dicemus, legatum huiuſmodi valere, *heres meus ſi in cælum non aſcenderit*, vel, *ſi hominem mortuum non ſtiterit*, 100. *dato*, ubi ſcilicet legatum incipit a conditione.

Sed longe diverſum eſt, ubi ſtipulatio ſuperioris pœnæ incipit a ſtipulatione præcedente rem impoſſibilem continente, hoc modo, *hominem mortuum ſiſtes, ſi non ſtiteris*, 100. *dabis*. Nam hoc caſu neque prior ſtipulatio valet, quia eſt impoſſibilis, neque ſequens ſtipulatio pœnæ, quia & ipſa pœna impoſſibilis eſt. Eſtque ea ſpecies dictæ *L. ſi homo, de verb. ſig.*

qua

Digitized by Google

qua ratione & legatum pœnæ eiusmodi hac constitutione improbatur. Differentiæ ratio non est obscura: quia cum a principio stipulatur 100. si in cœlum non ascenderis, non potest dici hæc stipulatio ullam pœnam continere, ubi prius iussus non es, aut non promisisti in cœlum ascendere. Est enim pœna, cum adiicitur aliquid coercendi promissoris caussa, si id non fecerit, quod prius iussus erat: at ubi prius iussus est, & nisi fecerit quod iussus est, adiicitur, ut præstet aliquid: tunc demum, quod adiicitur, pœnam esse dixeris. Cæterum ubi iussus nullus testatoris præcesserit, ut id, quod in conditione erat, fieret, non dubitamus, quin legatum valeat. Iussum impossibilem præcedere debere, ut pœna subiecta non valeat, evidenter probatur verbis huius constitutionis, illic, *si minus disp.* & *præterea in* vers. *extremo*.

Accursius eidem parti opponit §. *impossibilis*, *Institut. de hered. institut.* *L. obtinuit*, *de cond.* & *demonstr.* ubi tra-
6 ditur, conditionem † impossibilem legato adiectam pro non scripta haberi, & nihilominus legatum valere, in quo explicando valde sudat, quo nihil est ineptius. Hæc enim conditio, *si heres in cœlum non ascenderit*, vel *si heres hominem mortuum non sisterit*, non modo possibilis est, sed etiam necessaria natura. Non enim tantum fieri potest, ut quis in cœlum non ascendat, sed & necesse est ita evenire, quandiu hic versamur in hoc corpore. Non est ergo mirum, si hic conditio, ut non impossibilis, retinetur. Cur autem retenta legatum vitiet, diximus.

Idem opponit *L. 12. si mihi & tibi*, §. 1. *de legat.* 1. ubi si quid testator impossibile iubeat, impossibili detracto, nihilominus legatum valere in hoc exemplo: Testator moriens testamento Romæ facto iussit heredem suum biduo, postquam moreretur, servos dare, quos Gadibus habebat, placet servos deberi, etiamsi intra eas angustias præstare id non possit. Respondeo: idem & in hoc legato fit, de quo hic agimus: nam cum testator iubet impossibile quid fieri, pro non scripto est. Quod ad pœnam huic præcepto subiectam attinet, non aliam ob caussam eam improbari dicimus, quam quod & ipsa est impossibilis, ut docuimus.

AD TITU-

Digitized by Google

AD TITULUM XLII.

COD. DE FIDEICOMMISSIS.

SUMMARIA.

1. *Fideicommissi definitio.*
2. *Fideicommissum unde dictum.*
3. *Fideicommittere quid.*
4. *Fideicommissum quid differat a legato.*
5. *Prætor fideicommissarius Romæ quis.*
6. *Quot & quibus modis olim differebant legata a fideicommissis.*

1 Fideicommissum † est id, de quo post
mortem nostram præstando quis ro-
gatus est. Intelligitur definitio hæc *ex pr.*
tit. de fideicom. her. Instit. Fideicommis-
2 sum † dictum, quoniam committebatur
fidei vel heredis, vel legatarii, ut præsta-
ret. Rogando id fit, quod indicent ver-
ba fideicommissi, quæ referuntur *in §.*
ult. Inst de sing. reb. &c. L. 2. infr.
com. de leg. Unde precariis verbis aliquid
3 relinquere, est fideicommittere seu † re-
linquere per fideicommissum, & fideicom-
missaria voluntas dicta est precaria volun-
tas, *L. coheredi, §. cum filiæ, circa med.*
de vulgar. L. 2. inf. com. de legat. L.
cum proponebatur, de legat. 3.
4 Differt † fideicommissum a legato, ver-
bis, differebat olim & iure. Differt ver-
bis, quoniam legatum legis modo relin-
quitur, ut est *in fragmentis Ulpiani, tit.*
de legat. Legis modo relinqui dicitur,
quia vel testator ipse dat, & se dare di-
cit, vel iubet heredem dare, vel iubet
legatarium capere, & sibi habere, ut de-
clarant species legatorum relatæ *in §. 1.*
Instit. de legat. Hæc autem tria sunt pro-
pria legis, iubere, vetare, permittere, *L.*
legis virtus, de legib. Fideicommissum
autem precariis verbis relinquitur, &, ut
loquitur Ulpianus *in fragm. tit. de fidei-*
com. relinquitur precativo modo. Hinc
iuris differentia a principio nata est: nam
legatum valuit, quoniam lex 12. tabula-
rum iubebat ratas esse supremas volun-
tates testantium de legatis conceptas, his
verbis, *uti quisque legassit*, &c. *L. ver-*
bis legis, de verb. sig. Fideicommissum
autem a principio nullam necessitatem iu-
ris habuit, sed ut secundum verba com-
mittebatur fidei heredis, ita ex fide so-
la heredum pendebat, ut declaratur *In-*
stitut. de fideicom. her. in pr. Sed tan-
dem & fideicommissa obtinere cœperunt,
ut *ibidem* scriptum est; id tamen ita fa-
ctum est, ut de his esset persecutio solum
extraordinaria, *L. pecuniæ verbum, §.*
actionis, de verb. sig. Extraordinaria hæc
persecutio dicta est, quia comparata est
præter morem & ordinem in cæteris actio-
nibus usitatum. Nam in cæteris actioni-
bus exercendis ita mos erat iurisdictio-
nis, seu prætorum in iudicando, ut præ-
tores, etsi poterant ipsi cognoscere & iu-
dicare, tamen cognoscere non solerent,
sed iudicium & iudices darent litigantibus:
qui iudices ex formula prætoris de re co-
gnoscerent & iudicarent. Indicant edicta
prætorum, quibus prætores pollicentur,
se actiones daturos. Probat ea sententia,
quæ est in *L. 3. de iurisdict.* cum *iudi-*
cis dandi licentia dicitur esse *iurisdictio*,
cuius hic est sensus, *Iudicem dare lice-*
re, esse partem iurisdictionis, ut is,
qui iurisdictione præditus est, pro iuris-
dictione sua possit iudicem dare. Atque
hic ordo in iudiciis exercendis & iuridi-
cundo usitatus erat.
Quod si prætor cognoscere cogebatur,
hæc cognitio, quia erat præter ordinem
usitatum, ex re ipsa dicta est extraordi-
naria cognitio. Huius generis fuit cogni-
tio de fideicommissis: nam prætor ipse
de fideicommissis cognoscebat, non iudi-
cem dabat. Eius rei caussa proprius † 5
prætor Romæ creatus est, qui fideicom-
missarius dicebatur *L. 2. §. capta, de*
orig. iur. Hoc est, quod legimus in frag-
mentis Ulpiani *tit. de fideic.* fideicommis-
sum non peti per formulam, id est, actio-
nes vulgares & usitatas, sed huius cogni-
tionem esse Romæ quidem consulum &
prætoris, qui fideicommissarius dicitur: in
provinciis autem præsidum provinciarum.
Interim hac persecutione constituta effe-
ctum est, ut vim fideicommissa haberent
non minus, quam legata. Ex quo effectu
illa

illa nata sunt, ut fideicommissa dicerentur esse vice legatorum, seu nomine legati contineri, *L. fideicommissa, de legat.* 3. Hinc & illa formula, qua utitur Scævola: *legaverat aliquid per fideicommissum*, L. uxorem §. *legaverat, de legat.* 3. Quod ita dictum esse apparet, quasi legare idem sit generaliter, quod relinquere, cuius relicti sunt duæ species: una, cum per legatum relinquitur: altera cum per fideicommissum.

Et res ita habebat, fideicommissa effectu pro legatis erant; sed nihilominus etiam hac persecutione constituta differentiæ manserunt inter legata & fideicommis-
6 sa apud veteres. Differebant autem † legata a fideicommissis, & in actionibus, & in viribus utriusque relicti. In actionibus plus tributum erat legatis, quam fideicommissis. Nam legata olim variis actionibus consequi licebat, *L. cum filius*, §. *variis, de legat.* 2. nempe actione in personam ex testamento, & actione in rem, ubi res testatoris fuisset, & actione hypothecaria, ubi legatarius missus esset in possessionem bonorum legatorum servandorum caussa, de quibus dicitur ad *L. 1. infra, commun. de legat.* Fideicommissa autem, quia præstabantur tantum de manu heredis seu legatarii, unde relinquebantur, §. *pen. Institut. de singul. reb. per fideicomm. relict.* ideo intelligimus recta dominium in fideicommissarium non transiisse, sed peti debuisse ab herede, ut transiret. Proinde unam tantum actionem in personam fuisse, non etiam in rem.

In viribus autem utriusque relicti differentia hæc erat, quod fideicommissa, quia non nascebantur ex utilitate & subtilitate legis, ideo plerunque & benignius accipiebantur, quam legata, §. *sed non usque, Institut. de legat.* Ex hoc fonte quinque differentiæ natæ erant. I. Quod legatum testamento solum relinqui poterat, non etiam codicillis, nisi codicilli ad testamentum pertinerent: fideicommissum relinqui poterat & testamentis & codicillis, §. *præterea, Institut. de fideicom. heredit.* I. Differentia ex hoc nata est, quoniam ut legata constituta sunt lege 12. tabularum, ita convenire putabatur, ut legatis eiusdem iuris solemnitas servaretur; solemnitas autem fuit in testamentis, non in codicillis. Fideicommissa cum ex iure non essent, subtilitas iuris civilis in his negligebatur. II. Differentia est, quod legata a solo herede relinqui poterant, non etiam a legatario: fideicommissum autem & ab herede relinqui potuit, & a legatario, nec non fideicommissario, *Instit. in pr. de sing. reb. per.* &c. Differentia hæc ex verbis legis 12. tabularum nata est, quæ potestatem facit legandi de suo: Is autem legare videtur de suo, qui ab herede legat, quia heres intelligitur eadem persona cum defuncto, *Novell. de iur. & mor. præstit. in med.* Quod autem a legatariis relinquitur, id de alieno relinqui certum est. Sed hæc ratio contempta est in fideicommissis, quia etiamsi fideicommissum de alieno relinquatur, tamen æquum est, quatenus quisque a nobis accepit, eatenus eum nobis obligari.

III. Differentia erat, quod post mortem heredis legari non poterat, fideicommissum relinqui poterat, §. *post mortem, Inst. de legat.* Differentia hæc nata est ex regula iuris civilis, qua efficiebatur, actiones ab heredibus & contra heredes incipere non posse, *tit. ut actiones ab heredib. supr.* Hæc regula, ut iuris veteris erat, ita in legatis ex iure nascentibus servabatur, non ita in fideicommissis. IV. Differentia erat, quod legari non poterat ante heredis institutionem, quasi quæ esset caput & fundamentum testamenti, §. *ante heredis, Institut. de legat.* At fideicommitti poterat, ut ex *eodem* §. colligitur, quia de legato tantum illic nominatim scriptum est, sed expresse scriptum est in *fragmentis* Ulpiani, *tit. de fideicom.* V. Et postrema differentia erat in lingua, ut auctor est Ulpianus *eod. tit.* Nam legata tantum Latine relinqui poterant; fideicommissa & Latina & Græca lingua. Iustinianus has omnes differentias, edita constitutione, sustulit, non tantum in actionibus, sed etiam in viribus legati & fideicommissi, *L. 2. infr. commun. de legat.* Ea constitutione, quod legatorum proprium erat, fideicommissis tribuit; & quod fideicommissorum erat, transtulit ad legata. Legatorum proprium erat tribuere plures actiones: Iustinianus effecit, ut totidem actionibus fideicommissum peti posset, de quo plenius *titul. infra, communia de legat.* Proprium fideicommissorum erat, ut multis modis fideicommissa valerent, quibus non valerent legata: Iustinianus constituit, ut quibus modis fideicommissum utiliter relinquitur, iisdem modis legatum datum valeat. Ita effectum est, ut legari possit in codicillis & a legatario, & post mortem heredis, & ante heredis institutionem, & quacunque lingua, quoniam & his modis fideicommissum datum valet.

Post quam constitutionem in summa fere definiemus, legata esse per omnia

exæ-

Digitized by Google

exæquata fideicommissis, & fideicommissa legatis, idque ex eo patet, quod totidem verbis legimus *L.* 1. *de legat.* 1. cuius hæc inscriptio est; *Ulpian.* &c. Unde valde laboratum est omnibus temporibus, quomodo ille locus conciliaretur cum innumeris locis Pandectarum, in quibus utriusque generis differentiam mansisse apparet, & præcipue quomodo conciliaretur cum Iustiniani constitutione, *d. L.* 1. *inf. cum de legat.* in qua ille profitetur, differentias legatorum & fideicommissorum, non solum fuisse temporibus Ulpiani, sed etiam ad sua tempora mansisse, utpote qui eas hac constitutione sustulit; quæ omnia falsa sunt, si verum est, Ulpiani temporibus per omnia exæquata fuisse legata fideicommissis. Sed ne laboremus, meminisse oportet eius quod Iustinianus scribit *L.* 2. *§. tantum, supr. de vet. iur. enucleando*, se potestatem fecisse Pandectarum compositoribus emendandi & mutandi, si quid supervacaneum, vel alienum a suo tempore, vel minus idoneum in veterum scriptis invenissent, & mutata atque emendata etiam sub inscriptionibus veterum iuris auctorum in Pand. redigendi fecisse potestatem. Ex quo genere esse dubitare non debemus *d. L.* 1. *de legat.* 1.

Nam eum Ulpianus, ut verisimile est, ex usu & iure suorum temporum scripsisset, legata maxima ex parte exæquata esse fideicommissis, Tribonianus, ea potestate a Iustiniano sibi facta, pro illis verbis, *maxima ex parte*, vel similibus, reposuit, *per omnia*, ut in eo serviret constitutioni iam editæ, vel quæ mox promulganda esset. Monendi tamen sumus, hactenus differentias Iustinianum sustulisse inter legata & fideicommissa, quatenus ad voluntatem testatoris conservandam natura id fieri potuit: sed ubi id non potest fieri, intelligendum est, etiam veterem differentiam mansisse, quod accidit in libertatibus. Nam si servo libertas directe data sit, deinde ab eo cui per fideicommissum iam relicta erat: ut prior fiat libertus testatoris; posterior heredis, *§. ult. Inst. de sing. reb. per fid.* per rerum naturam fieri nequit, ut idem sit libertus heredis & testatoris. Quapropter & veterem differentiam manere in his libertatibus necesse est.

Ad L. Si probaveris. 1.

Imp. Antoninus A.

Si probaveris Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua & vestiarium annuum præstaret, eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, idest, non minus in tali caussa triennio, ea præstitisse: ut in futurum quoque ea præstentur, & si qua in præteritum præstita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis. PP. XVII. Kal. Sept. Duobus & Aspris Coss.

Ad L. Etsi. 2.

Idem A. Eupatrio.

Etsi inutiliter fideicommissum relictum sit: tamen si heredes comperta voluntate defuncti prædia ex caussa fideicommissi avo tuo præstiterunt: frustra ab heredibus eius de ea re quæstio tibi movetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur. PP. VI. Kal. Aug. Lato II. & Cereale Coss.

S U M M A R I A.

1. *Fideicommissum an ex imperfecto testamento & iniustis codicillis relinqui possit utiliter.*
2. *Sententia huius & seq. legis.*
3. *Prima huius legis sententia.*
4. *Altera huius legis sententia.*
5. *Tertia huius legis sententia.*

Coniungenda est cum hac lege *L.* 2. Utraque enim ad eandem definitionem iuris pertinet. Ius ita est: Fideicommissum † ita, ut legatum non relinqui, 1 nisi

nisi iusto testamento, aut iustis codicillis. Ex imperfecto autem testamento & iniustis codicillis fideicommissum inutiliter relinquitur, ac proinde inutiliter relictum non debetur, *L. & in epistola. inf. ead.* Interdum tamen, quod ita inutiliter relictum est, voluntate heredis confirmatur, ut non minus valeat, quam si utiliter esset relictum. Id contingit, cum heres, a quo fideicommissum relictum est, sciens a se relictum, sponte sua agnoscit voluntatem
2 & iudicium defuncti: quæ † sententia est harum legum. Qui voluntatem defuncti agnoscit in fideicommisso, quanvis inutiliter relicto, fideicommissum confirmat, ut sive præstiterit, repetere non possit, *L. 2. h. t.* sive nondum quicquam præstiterit, nihilominus ad præstandum obligetur, quæ sententia expressa est in *L. non dubium, in fin. sup. de testam.* Eadem sententia est *L. 1. h. t.*

Voluntatem defuncti intelligitur agnoscere heres, aut aperte, cum se eam agnoscere profitetur, & legatum præstare velle: in quo an sola voluntas sufficiat, an vero cautio, seu stipulatio necessaria sit, oportunius dicitur ad *L. si veritas, infr. h. t.* At agnoscit legatum re ipsa præstando, & quidem in eo, quod præstat heres sua sponte, ita voluntatem agnoscit, ut quod præstitit, repetere non possit, *L. 2. hoc tit.*

Sed an in futurum quoque obligetur, ut fideicommissum præstet, ex eadem caussa quæritur; quæ modo locum habent in fideicommissis annuis, cum decem annua puta relicta sunt Titio, vel alimentorum, vel alterius rei caussa. Et placet eum, qui ex caussa huius fideicommissi aliquandiu fideicommissum præstitit, se actu non tantum, ut non iure possit repetere, quæ solvit; sed etiam in futurum obligare, ut fideicommissum deinceps præstet, non secus, quam si utiliter esset relictum: si modo præstiterit fideicommissum non minus, quam triennio. Quæ sententia est *L. 1. hic.* Quæ, ut recte explicetur, animadvertendum est, hoc rescripto exprimi sententias tres, quæ separatim sunt discutiendæ.

3 Prima † sententia est, fideicommisso inutiliter relicto, puta, vel imperfecto testamento, vel imperfectis codicillis, si heres sponte sæpius id præstiterit ex iudicio defuncti, non ideo in posterum obligatur, ut præstet, si nolit: nisi fideicommissum diu antea præstiterit, idest, in hoc casu non minus triennio. Hic opponitur *L. non dubium, sup. de testam.* ubi simpliciter definitur heredem, qui iudicium defuncti agnovit, hoc ipso, quod agnovit, in posterum fideicommisso obligari non tantum, si fideicommissum aliquoties præstiterit, sed si non præstiterit. Multo ergo magis si aliquoties præstiterit, ut *h. t. in L. 1.* Nam heres fideicommissum aliquoties præstiterat, & adiicitur id eum fecisse secutum voluntatem defuncti. Resp. Quia fideicommissum aliquandiu præstiterit, non agnoscit voluntatem defuncti in futurum: nihil enim vetat, ut heres velit præstare id, quod præstat per id tempus, quo præstat; nolit autem id amplius in posterum præstare, aut certe nolit in posterum obligari.

Hoc loco opponitur *L. 2. seq.* ubi una præstatione fideicommissi dicitur heres agnoscere defuncti voluntatem. Respondeo: agnoscit in his, quæ præstat, in his autem, quæ non præstitit, non aliter agnoscere intelligitur, quam si triennio fideicommissum præstitit; ideo lex prima est de fideicommisso præstito, secunda de fideicommisso præstando. Qua ratione responsum est argumento Accursii ex enumeratione partium sumpto, quod est glossæ. Ille ita argumentatur, hoc rescriptum non posse consistere. Nam si utiliter fideicommissum relictum fuerit, statim debetur, sive quid præstiterit, sive non. Si inutiliter relictum est, & heres ignorans inutiliter relictum præstitit, dum in facto errat, non obligatur fideicommissario, quanvis per decennium præstiterit, quia errantis nulla voluntas, *L. cum testamento, sup. de iur. & fact. ignor.* Hoc amplius etiam quod præstitit, potest repetere ut indebitum per errorem facti solutum, *L. err. inf. ad L. Falcid.* Quod si heres sciens inutiliter relictum sponte solvit, secutus defuncti voluntatem, hoc ipso, quod agnoscit voluntatem, fideicommissum confirmat, ut probatur *L. 2. h. t.* Respondeo: Priora duo certissima sunt, tertium distinctione est explicandum. Nam cum heres sciens fideicommissum annuum esse inutiliter relictum, solvit, agnoscit voluntatem in eo, quod solvit, & ideo non repetit, *d. L. 2. h. t.* In his autem pensionibus, quas nondum solvit, non continuo agnoscit voluntatem defuncti, sed ita si per triennium fideicommissum annuum præstiterit.

Altera sententia † hic statuitur, si fidei- 4
commissum annuum, quanvis inutiliter relictum, heres secutus voluntatem defuncti, triennio præstiterit, non solum quæ solvit, non repetit; sed & ut quæ nondum præstitit, in posterum præstet, obligatur. Cur potius hoc casu, quam tunc, cum per triennium non præstitit? Quia

ubi

ubi per triennium præstitit, constantia & perseverantia præstationis declaravit, animum heredis fuisse velle sequi voluntatem defuncti, & in posterum præstare fideicommissum, *L. quod calore, de reg. iur.* Constantia igitur præstationis declarat agnitionem voluntatis defuncti.

Huic sententiæ opponitur *L. si certis de pact.* & *L. creditor, sup. de usur.* Quibus in locis hæc sententia exprimitur: *Si quis pensionem annuam, aut usuras annuas, vel menstruas pactus, pacto inutiliter promiserit, quanvis pacti fidem secutus, pluribus annis eam pensionem, aut eas usuras præstiterit; tamen non eo magis obligari in posterum, ut præstet, si nolit. Et in summa multorum annorum præstationem in re aliqua indebita non inducere rei prius indebitæ obligationem.* Respondeo: Nihil verius dicitur in universum, quam præstationem multorum annorum non inducere obligationem rei prius indebitæ, quoniam certis & constitutis modis obligationes nascuntur & finiuntur, *L. obligat. fere*, vers. *placet*, *D. de oblig. & actionib.* Inter hos non numeratur præstatio alicuius rei, quanvis sæpius repetita. Proinde ex ea obligatio non nascetur, idque verissimum est, non tantum inter vivos in his rebus, quæ inutili pacto debentur, sed & fideicommissis, neque tamen hi loci inter se pugnant.

Qui fit igitur, ut qui ex inutili pacto sæpius eandem pensionem promissam præstitit, in posterum non obligetur invitus, fideicommisso autem inutiliter relicto obligerur, si per triennium totum præstiterit? Respondeo: Differentiæ ratio est, quia cum ex pacto inutili sæpe aliquid præstatur, non nascitur nova aliqua actio, ex qua præstatio inducatur. Nam effectum est, solam præstationem non esse in hoc numero earum causarum. Præter autem eam præstationem nihil inducitur, nisi agnitio prioris pacti, quod promissor se agnoscere ostendit hoc ipso, quod ex pacto solvit. Sed hæc agnitio pacti non magis est caussa iusta inducendæ obligationis, quam præstatio, atque adeo ipsum pactum, si promissor iterum pacto eodem constitueret id, quod sola natura debetur, *L. 1. §. debitum, D. de pecunia constituta*. Nunc autem qui hodie aliquid præstat, non ideo id in futurum promittere intelligitur: ita præter præstationem nulla hic nova caussa est, ex qua promissor in posterum obligetur. Proinde in totum nulla, quia nec præstatio ipsa caussam inducendæ obligationis continet, ut supra dixi. At in fideicommisso inutiliter relicto, cum heres id sponte triennio præstitit, in futurum obligatur, non quia id præstitit, sed quia præstando voluntatem defuncti agnovit. Hæc autem agnitio satis est ad eum obligandum ex manifesta ratione æquitatis. Nam heres prius a defuncto accepit & lucrum & honorem. Æquum est igitur, ut quatenus accepit, eatenus voluntati defuncti obligerur, maxime si sponte est eam voluntatem secutus. Non obstat huic parti *L. quod bonis*. vers. *non ideirco*, *D. ad L. Falcid.* ubi testator legarat fideicommissum annuum; sed quia supra dodrantem legarat, totum fideicommissum non debebatur. Poterat enim heres ex Lege Falcidia retinere quartam; veruntamen voluntatem defuncti secutus primo & secundo anno solidum legatum præstiterat: illic respondetur, non ideo in futurum obligari, ut solidum præstet. Id ipsum hoc loco confirmatur, non enim dicimus, heredem primo & secundo anno fideicommissum præstantem in futurum obligari, sed ita demum, si non minus, quam triennio præstiterit.

Sed videri potest etiam in hac sententia falsum esse, quod dicitur, fideicommissum deberi, si solum triennio præstitum sit. Videntur enim exigi non minus, quam decem anni, ut quis ob præstationem plurium annorum in futurum obligetur, ex *L. cum de in rem verso*, *D. de usur.* ubi filiusfamilias pecuniam mutuam acceperat sub certis usuris. Si ea pecunia in rem patris versa sit: constat patrem de in rem verso obligari, etiamsi filius nihil in peculio habeat, *L. 1. de in rem verso*. Cum de hoc non constaret, pater eius pecuniæ usuras per decem annos creditori filii solvit. Mortuo patre conveniuntur heredes a creditore filii tanquam de pecunia in rem patris versa: negat heres patris, pecuniam in rem eius versam. Creditores quia agunt & dicunt esse versam, id probare debent *L. 2. de probat.* Dicunt creditores id satis probari ex eo, quod pater tamdiu eius pecuniæ usuras solverit. Rescriptum est, heredes patris de in rem verso teneri, quasi pecunia in rem patris versa esset, idque probari ex eo, quod tamdiu pater usuras præstitisset. Verisimile est enim, eum præstiturum non fuisse, nisi sortem ipsam debuisset. Interim ut conveniri pater possit de in rem verso, aut patris heredes, exigitur ut usuræ sint præstitæ, non per triennium, sed non minus, quam per 10. annos.

Respondeo: Non constabat in hac lege, pecuniam in rem patris versam non esse,

esse, & ideo non constabat a patre non deberi: quod si constitisset, & id faterentur creditores, nunquam praestatio diuturna usurarum patrem, aut eius heredes obligasset, non magis, quam obligat debitores, in *L. si certis, sup. de pact.* & *L. creditor, sup. de usur.* ubi creditor, qui pecuniam annuam petebat, fatebatur initio fuisse indebitam, sed contendebat deberi cœpisse ab eo, quod tamdiu solvisset; & ideo illic negatur, eum qui praestitit, propter praestationem obligari. At in *L. cum de in rem verso*, creditores dicebant pecuniam in rem patris versam, & ita a patre debitam, & de eo erat controversia.

Dicitur autem probari, versum esse in rem patris ideo, quia pater eius pecuniae usuras diu praestitisset: ex quo intelligimus, nunquam praestationem diuturnam inducere obligationem rei, quàm constat indebitam fuisse: si de eo dubitatur, an debita fuerit, tunc praestationem plurium annorum continere pecuniae debitae probationem. Id ad speciem hanc pertinet, ubi constabat fideicommissum inutiliter relictum, & non quaerebatur huius rei probatio; sed quaerebatur, an propter praestationem plurium annorum in futurum heres obligaretur ad hoc praestandum? Ad hoc dicimus sufficere triennii praestationem. Caeterum si quaereretur, an hoc fideicommissum esset a defuncto relictum, & id praestitisset heres per aliquot annos: deinde negaret a se nullum fideicommissum relictum esse: diceremus ad hoc probandum non sufficere, quod per triennium praestitisset ex fideicommissi causa, sed exigendam diuturnam praestationem, idest, 10. annorum, argumento *L. cum de in rem verso de usur.*

5 Tertia † sententia huius legis pertinet ad petitionem fideicommissi & earum rerum, quae in posterum peti possunt. Sic autem rescripto expressum est: *Postquam heres fideicommissum inutiliter relictum triennio sponte praestitisset, fideicommissarium impetraturum, ut non tantum praeterita annua, vel menstrua exsolvantur, sed ut in futurum ea quoque praestentur.* Exempli caussa: heres hoc fideicommissum triennio praestitit, deinde duobus annis cessavit nihil petente fideicommissario; post eos duos annos agit & fideicommissum petit. Itaque non tantum pensiones duorum praeteritorum annorum consequetur, quae adhuc solutae non sunt, sed etiam consequetur, ut in futurum quoque sequentium annorum pensiones praestentur. Huic parti opponitur *L. non quemadmodum, D. de iudiciis*, ubi regula iuris certissimi traditur, iudicium non posse esse in pendenti, idest, de his rebus, quae nondum debentur, & postea futurae sunt. Ex quo efficitur, in fideicommisso annuo de pensionibus annuis sequentium annorum agi non posse, quia haec nondum debebantur. Omnes interpretes fatentur, locum esse contrarium, sed speciale in huius esse legis specie, ubi de pensione agitur, quae iam debebatur, & propter praeteritas agitur de futuris: atqui id fieri dicunt favore alimentorum.

Sed haec sententia dici non potest, utrum magis falsa sit, an inepta. Nam cum annuum aliquid legatur, aut fideicommittitur, in hoc legato plura sunt legata: primi anni purum legatum, sequentium annorum conditionale. Inest enim haec conditio, si legatarius, aut fideicommissarius initio cuiusque anni vivat, *L. 4. de annuis legat. L. nec semel, quand. dies L. ced.* Proinde ubi nondum sequentes anni venerunt, eorum annorum pensiones non debentur, & ut in dicta *L. nec semel*, eorum legatorum dies non cessit: quod si non cessit, eorum annorum legata peti non possunt, *L. cedere diem, de verb. sign.* Secundum quam sententiam vere dicitur ex *L. non quemadmodum*, de sequentium annorum pensionibus iudicium esse non posse. Ineptum est autem, quod putant id esse huic legi contrarium, ubi nullo modo id in hac lege agitur. Cum enim dicitur, fideicommissarium impetraturum, ut in futurum quoque legata praestentur, sic accipiendum est: ut impetret suo tempore, non praemature, idest, ut impetret, cum sequentium pensionum dies cesserit. Et merito: quia agnitio legati, quo heres legatum praestando voluntatem defuncti agnovit, non mutavit qualitatem fideicommissi: sed tantum fideicommissarium confirmavit, ut post triennii praestationem non minus obligetur heres, quam si fideicommissum utiliter esset relictum. At si utiliter esset relictum, non possent peti sequentium annorum pensiones, priusquam dies venisset, dicta *L. nec semel, quando dies legat. ced.* Ergo nec tum peti poterunt, ubi heres fideicommissum tantum agnovit. Absurdum enim est plus tribui inutili fideicommisso, quam utili, plus tribui voluntati heredis, quam utili voluntati defuncti.

Ad L.

Ad L. Cum secundum. 3.

Idem A. Rufino.

Cum secundum voluntatem defunctæ Chrysidem puellulam ab heredibus manumissam, eamque priusquam ei restitueretur hereditas, intestato vita functam proponas: ad manumissores eius successio pertinet. Qui si adierint eius hereditatem: confusis actionibus, fideicommisso sunt liberati. PP. Idib. Decemb. Læto II. & Cereale Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Summa huius rescripti.*

1 Testatrix † duos heredes instituit, eosque rogavit, ut Chrysidem ancillam, quæ forte heredum erat, manumitterent, manumissæ hereditatem restituerent. Testatrice mortua, puellam heredes manumiserunt, sed moram in fideicommisso fecerunt. Itaque priusquam ei restitueretur hereditas, puella decessit intestata, quia testamentum facere non potuit, & sine liberis, quia puella erat: ita factum est, ut ei heredes sint ex lege duodecim tabularum iidem illi heredes, a quibus manumissa erat, ut defunctæ patroni, §. *sed nostra*, versic. *sin autem*, *Inst. de succession. liber.* Cum heredes suprascripti non tantum ex fideicommisso obligentur Chrysidi, sed etiam id restituere debeant Chrysidis heredibus: ipsi autem Chrysidis heredes sint: quæsitum est de fideicommissi obligatione, & an adhuc ea obligatione teneantur? Rescriptum est, eos confusis actionibus liberatos esse fideicommisso.

Hoc videtur falsum esse: nam quoties debitor succedit creditori, ut hic debitores Chrysidis ex caussa fideicommissi successerunt creditrici suæ, non confunditur obligatio, nisi pro ea parte, ex qua defuncto heredes successerunt, *L. penult. sup. de hered. act. L. si uxor. inf. de bon. auctorit. iudic.* Proinde in proposito cum duo heredes ex æquis partibus Chrysidi successerint; non confunditur actio fideicommissaria in singulis heredibus, nisi pro dimidia parte, & ita singuli portionis suæ dimidium debent, nisi aliquo casu pro ea dimidia portione fideicommissi liberentur. Cæterum alterum dimidium suæ portionis debent coheredi; hoc enim illi restituere debent; neque eatenus fideicommisso liberantur. Neque hoc dicimus sine manifesta utilitate, quæ in hac specie subiecta apparebit. Finge duos heredes esse institutos, Primum & Secundum, Primum ex octo unciis, Secundum ex quatuor: eosdem extitisse Chrysidi heredes ex æquis partibus, nempe ex semissibus. Fideicommissi divisione ita res transigetur: Primus ex octo unciis, quas est iussus restituere heredibus Chrysidis retinebit quatuor, tanquam heres pro dimidia parte, alteras quatuor restituet secundo: Secundus ex his quatuor, quas est iussus restituere, retinebit duas ut heres ex parte dimidia, reliquas duas restituet Primo; & ita fiet, ut Primus, qui institutus erat ex octo unciis, nihil habeat ex divisione fideicommissi, nisi sex uncias: Secundus autem habeat tantundem, qui institutus tantum erat ex quatuor. Huic rescripto hodie etiam locus erit, si heredes rogati erunt restituere hereditatem libero homini, puta cognato, ac deinde cognatus ante restitutionem fideicommissi decesserit, cui postea iidem heredes successerunt ab intestato. Nam hoc casu succedunt heredes ab intestato ex æquis partibus.

Quod si fingamus in specie proposita hic Primum & Secundum heredes institutos successisse Chrysidi ex inæqualibus partibus: divisio fideicommissi inter eos ita fiet, ut si Primus successisset pro dodrante, Secundus pro quadrante, Primus ex tribus partibus, in quas eius portio dividetur, duas retinere debeat, & unam restituere, Secundus ex tribus partibus, in quas eius portio dividetur, duas restituere debeat, unam retinere. Sic autem eveniet in specie proposita, ut Primus & Secundus pro his partibus succedant Chrysidi libertæ suæ, si fingas Chrysidem fuisse ancillam testatoris, & Primum institutum fuisse ex dodrante, Secundum ex quadran-

drante. Nam ex portionibus hereditariis intelliguntur manumissæ Chrysidi succedere, ut Primus sit patronus pro dodrante. Secundus pro quadrante, pro quo iure patronatus constituto consequens est, ut ab intestato Chrysidi succedat pro iisdem partibus, pro qua sententia facit §. *illud*, *Instit. de societ.* (*)

(*) Si quid iudico, intercidit omnino aliquid ex huius 3. Z. *Commentario*: nam cum Auctor dubitandi rationem proponat, eamque confirmet; nullibi apparet nodi dissolutio: quod profecto non est interpretis; nec utique Donello convenit, ut quæ legi, seu rescripto contraria videatur proponat, & minime diluat.

Ad L. Voluntas. 4.

Imp. Alexander A. Victorino.

Voluntas patris prohibentis liberos fundos extra familiam vendere, vel pignori dare, fratrem sorori donare prohibuisse non videtur. PP. V. Kalend. Iul. Maximo II. & Æliano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Testatore simpliciter vetante, ne heres fundum alienet, præceptum nullius est momenti, & heres impune fundum alienat.*
2. *Prohibitus fundum vendere extra familiam, an videatur fecisse contra voluntatem defuncti, si sorori eum donarit?*
3. *Quid si alii donarit? quid si extraneo?*

1 CUM testator † vetat, ne heres fundum alienet, si simpliciter vetet, præceptum nullius momenti est, tanquam nudum itaque impune heres fundum alienabit, *L. filiusfam. §. divi, de legat.* 1. Tum præcipitur hoc utiliter, vel cum testator vetat alienari, ut in familia maneat, aut vetat alienare extra familiam, & ob hoc hic proponitur testator prohibuisse fundum vendi extra familiam. Hoc adiecto, quæ sit alienationis pœna, si forte heres contra voluntatem defuncti fecerit, dicetur in *L. quoties*. Hinc quæsitum
2 est, an † qui prohibitus est fundum vendere extra familiam, videatur fecisse contra voluntatem defuncti, si sorori fundum donavit? Scriptum est hic non fecisse.
3 Quid si † alii heres donavit, quam sorori? Respond. Etiam alii donare potuit, quam sorori, si modo ei donavit, qui sit ex familia. Nam solum extra familiam prohibitus fuit alienare. Familiæ verbo in hoc genere legati quid contineatur, cautum est *L. ult. de verb. signif.*
Quid ergo si heres extra familiam ven-
4 dere prohibitus † donet extraneo? Movet dubitationem, quod vendere tantum prohibitus est: aliud autem est donare, aliud vendere, ut proinde non videatur prohibitus donare. Respondeo: Ex hoc loco satis colligitur, si alii, quam sorori, aut ei, qui sit æque in familia, ut soror, donarit, contra præceptum testatoris videri factum, alioqui frustra hic de sorore esset comprehensum, quod verum est. Nam qui prohibet quod minus est, multo magis id, quod maius est, prohibere intelligitur. Tolerabilius autem est vendere extra familiam, quam donare, quia qui vendit, habet pretium, quod saltem in familia maneat; qui autem donat, & pretium & rem amittit, quia gratis donat. Proinde qui vendere prohibitus est extra familiam, ex sententia testatoris multo magis donare prohibitus intelligitur. Sed & voluntas huius testatoris manifesta est. Idcirco enim fundum vendi vetat extra familiam, ut fundus maneret in familia. At multo minus manet in familia donatus, quam venditus, ob eam caussam, quam supra dixi, quia fundo donato, ne pretium quidem retinetur in familia. In summa qui vendere extra familiam prohibitus est, ex sententia testatoris quovis modo alienare prohibitus est extra familiam.

Ad L.

Ad L. Si frater. 5.

Idem A. Reginæ.

Si frater tuus postquam patri heres exstitit, pubes iam factus sine liberis decessit: ex pupillari substitutione tibi hereditas eius delata non est. Sed si verbis fideicommissi aliqua parte testamenti confirmata est: fideicommissum ab heredibus petere non prohiberis. PP. XV. Kal. Febr. Iuliano II. & Crispino Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Primo & secundo heredibus institutis, defuncto secundo an eius hereditas ad primum pertineat ex substitutione.*

Pater duobus filiis, Primo & Secundo, heredibus institutis Secundo Primum substituit, quandocunque moreretur. Secundus pubes factus sine liberis decessit.
1 Quæritur, an † eius hereditas ad Primum pertineat ex substitutione? Respondeo: Distinguendum est: nam si Primus Secundo substitutus est directe, hereditas ex substitutione Primo non defertur, ac nec potest. Exempli caussa, pater ita substituit, *si heres erit, & quandocunque decesserit, frater eius Primus heres esto.* Ex hac constitutione non potest Secundi hereditas Primo deferri. Non deferetur enim ex substitutione pupillari, quia Secundus proponitur decessisse pubes. Substitutio autem pupillaris puberiate evanescit, *L. in pupillari, D. de vulg.* Non defertur ex substitutione, quæ post annum 14. facta sit, quoniam post eam ætatem substitutio directa frustra fit, *L. verbis, L. in pupil. de vulg.* Proinde recte respondetur, in totum ex substitutione directa hereditatem Secundi Primo deberi non posse. Quod tamen sic est interpretandum, ut non possit deferri tanquam ex substitutione. Cæterum ex caussa fideicommissi ad eum pertinebit, tanquam tacito fideicommisso in hac substitutione comprehenso, argum. *L. 2. §. 2. D. de iur. codicil.* de quo dixi ad *L. supr. de codicil.*

Quod si pater verbis precariis, seu fideicommissariis petat a Secundo, ut post mortem suam restituat portionem suam fratri suo, hoc casu substitutio fideicommissaria valebit, *§. ult. Inst. de pupil. L. cohered. §. cum filia, de vulg.* Cuius substitutionis effectus hic est, qui declaratur in hoc rescripto, ut hereditas Secundi iure pertineat ad omnes alios heredes eius legitimos; sed ita, ut hi ex fideicommisso obligentur Primo, ut hereditatem restituant, quod facient deducta quarta ex Senatusconsulto, *§. sed quia heredes, Instit. de fideicom. heredit.* Veruntamen ita fideicommissum debebitur Primo, si Secundus pubes factus sine liberis decesserit: non si decesserit susceptis liberis & exstantibus: nam hi succedunt excluso substituto, ex *L. cum acutissimi, infr. hoc tit.* Et hæc caussa est, cur in principio huius rescripti proponatur frater Secundus decessisse pubes & sine liberis. Nam alioqui quod ad directam substitutionem attinet, nihil refert, utrum Secundus frater sine liberis decesserit, an susceptis liberis, ad hoc, ut Primus frater eius ex substitutione pupillari non admittatur.

Ad L.

Ad L. Prædia. 6.

Idem A. Nilio.

Prædia obligata per legatum, vel fideicommissum relicta, heres luere debet: maxime cum testator conditionem eorum non ignoravit, aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Si vero a creditore distracta sunt: pretium heres exsolvere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur. PP. XVI. Kalend. Mart. Iuliano II. & Crispino Coss.

S U M M A R I A.

1. *Luere pignus quid.*
2. *Res aliena legata, si testator scivit pignori obligatam, ab herede luenda est: & quando quibusve casibus.* ibid. & *num.* 3.

CUM testator legat rem, quæ pignori obligata est, non talis est præstanda, qualis est, sed interdum heredes pignus luere debent. Est † autem luere, pretium creditoribus exsolvere, & liberare nexu pignoris, *tit. de luit. pig. inf.* Quod ita dictum est, quasi dicat pignori eluere & delere, ut amplius ea obligatio, & tanquam macula in re non maneat. In hac re autem est eadem distinctio, quæ servatur, cum † res penitus aliena est legata: Si testator scivit pignori obligatam, ab herede luenda est secus si ignoravit, *Inst. de legat. §. sed etsi rem L. si res obligata, D. de legat.* 1. Sed ita demum cum testator ignoravit rem pignori obligatam, res fideicommissario luenda est, nisi alteruter ex his duobus casibus contigerit. Unus est expressus hoc rescripto, si testator rem hanc aut tantundem aeque legaturus fuisset, si rem pignori obligatam esse scivisset. Quando autem existimetur testator id facturus fuisse, dictum ad *L. cum alienam, supr. de legat.* Alter casus est adiectus in *d. L. si. si res oblig. de legat.* 1. Est autem hic, ut fideicommissarii rem pignori obligatam luere non debeant, si aliquid superfuturum est exsoluto ære alieno, verbi gratia: fundus alicuis ducentorum legatus, aut fideicommissus est. Is fundus pignori obligatus erat creditori, cui trecenta debebam. Dicemus legatarium seu fideicommissarium, usque ad 200. debere luere fundum, sed centum reliqua non præstabit; verum heres, ut ita pignori liberato fideicommissarius fundum consequatur: & ita, ubi aliquid superfuturum est, quod debeatur creditori, cum exsolutum erit æs alienum tantum, quantum fundus valebat, pro superflua quantitate fideicommissarius non luet, quia ultra quam fundus valet, fideicommissarius præstare nihil cogitur, *L. civitatibus §. ult. de legat.* 1. Cæterum ad eam quantitatem, qua fundus æstimatur, præstare debet, *L. Titius, de legat.* 2. Ex his intelligi potest, cur hic scriptum sit, heredem luere debere pignus maxime in his casibus, qui hic expressi sunt. Hoc verbo *maxime* significatur, heredem & in aliis casibus luere debere. Id verum esse, ex his casibus, quos complexi sumus, intelligitur. Quibus † autem casibus luendi pignoris onus ad heredem 3
pertineat, id ut faciat, heres consequetur legatarius actione in personam ex testamento, non etiam actione in rem, ut dictum *L. 3. sup. de legat.* Sed & illud intelligendum est, tunc solum heredem posse pignus luere, idest, pecunia soluta pignus recipere, cum pignus nondum a creditore legitime est distractum. Nam ubi distractum est, amplius possessio a possessore revocari non potest, ut dominio pignoris in eum iure translato, *L. ult. infr. si vend. pig. L. non est novum, D. de acquir. rerum dom.* Proinde hoc casu nil superest, nisi quod dicitur in extremo huius rescripti, ut heres rem a creditore distractam aut redimat a creditore; aut si non redimat, æstimationem exsolvat, ut fit in rebus alienis legatis, *§. non solum, Institut. de legat.*

Ad L.

Ad L. Voluntatis. 7.

Idem A. Septimo.

Voluntatis defuncti quæstio in æstimatione iudicis est. PP. XV. Kal. Mart. Fusco II. & Dextro Coss.

S U M M A R I A.

1. *Voluntatis quæstioni quando sit locus & seqq.*
2. *Ubi nihil scriptum, aut nuncupatum est, nihil debetur, etiamsi de præstando testator senserit.*
3. *De voluntatis quæstione ex iuris ratione responderi nequit.*

1 Voluntatis † quando est quæstio, qua quæritur, quid testator voluerit, senserit, huic quæstioni non est locus, ubi testamento, aut codicillis nihil scriptum
2 a testatore, aut nuncupatum est. Nam † ubi nihil scriptum, aut nuncupatum est, nihil debetur, etiamsi de præstando testator senserit, ut proinde sit supervacua hoc casu voluntatis quæstio, *L. quoties, 9. de heredib. instit.* Sed tunc ei locus est, cum testator aliquid scripsit, aut dixit, sed verba obscura sunt, aut ambigua, aut ea, quibus aliquid desit, ut proinde ex his quæratur, quid senserit testator: veluti si Mævio 100. nummos legaverit, & quæratur, de quibus nummis senserit. Huiusmodi voluntatis quæstio est in cognitione & æstimatione iudicis, ut hic traditur, idest, quæstio iudici cognoscenda & iudicanda committitur, non autem Principi, aut prudenti alicui. Cuius sententiæ hæc est ratio, quia voluntatis quæstio diiudicatur ex circumstantiis, quæ sunt in facto positæ. Nam ut maneamus in exemplo nummorum legatorum, cum 100. nummi Titio legati sunt, & quæritur, quos nummos testator intellexerit: præcipitur id æstimandum esse ex consuetudine loquendi testatoris, aut ex more regionis, ubi res geritur, aut ex his, quæ in testamento antecedunt, vel sequuntur, *L. si servus plurium, §. ult. de legat. 1. L. nummis, de legat. 3.*

Hæc omnia, quomodo loqui sit solitus testator, quid frequentetur in ea regione, quid in testamento ante, vel post scriptum sit, hæc inquam, omnia facti sunt, quæ nulla definitione iuris, aut prudentia Iurisconsulti explicari possunt, sed cognoscuntur probationibus testium & instrumentorum. Caussa autem omnis facti est in cognitione & æstimatione iudicis, idest, iudici examinanda & iudicanda committitur, ut in *L. mora, D. de usur.* scriptum est, ubi initio dicitur, an mora facta sit, iudicem examinare debere. Et ratio hic subiicitur, quia hæc sit quæstio facti; & adiicitur; ideo nulla definitione iuris, nulla prudentia Iureconsulti, vel Principis auctoritate decidi posse. Idem de definitione facti significatur a Scævola, *L. si ita quis, §. Seia, in fin. de verb. obligat.* ubi ita scriptum est: *Respondit agi posse, si debitor non multo post obtulisset, & nihil actoris interesset, quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.* Recte, quoniam an debitor obtulerit pecuniam, & an intersit actoris, nec ne, in facto, non in iure consistit, *L. quatenus, de reg. iur.*

Hoc est igitur, quod Imperator scripsit hoc loco, cum consuleretur de voluntatis testatoris † quæstione; rescripsit se de 3
ea quæstione consuli non debuisse, quia non possit de eo ex ratione iuris respondere. Rem enim facti esse: facti autem cognitionem iudicis esse, non Iurisconsulti, aut principis. Idque est, quod dicitur in *L. eum, qui temere, §. ult. de iudic.* Iudicibus de iure consulentibus, præsides provinciarum respondere solere, de facto autem consulentibus respondere non debere, quia res ex cognitione & religione iudicis pendeat.

Digitized by Google

Ad L. Qui fideicommissariam. 8.

Idem Masculo,

Qui fideicommissariam libertatem meruit, legata, seu fideicommissa a defuncto sibi data suo iure persequitur. PP. XV. Kal. Iun. Fusco II. & Dextro Coss.

SUMMARIUM.

1. *Fideicommissum, aut legatum, an relinqui possit ei servo, qui eodem testamento manumissus est per fideicommissum, seu quem heres est rogatus manumittere.*

Regula iuris est, heredi a seipso legari, aut fideicommitti non posse, *L. legatum*, §. 1. *de legat.* 1 Item hæc regula nota est, servo proprio aut servo heredis sine libertate legari non posse, *L. plane ubi*, §. *si coniunctim*, *L. si minor*, *de legat.* 1. Nempe quia hoc modo heredi a seipso relinqueretur. Nam ab ipso legatum præstandum esse certum est, sed & ei legatum per servum acquiri constat. Quod si libertate servo data, servo aliquid relinquitur, siquidem ei pure libertas data est, & libertas & legatum valet, quia hoc modo non servo legatur, sed libero, *L. quæsitum*, §. 1. *de legat.* 1. Sed si libertas ei datur sub conditione, quæ exsistere non potest, nisi per aditam hereditatem, frustra ei legatum, aut fideicommissum relinquitur, dicta *L. quæsitum*. Et ratio est ex eadem regula superiori, quia cum hic legatum servo datum primum sit, eius legati dies statim cedit a morte testatoris, *L. unica*, §. *in novissimo inf. de cad. toll.* At libertas sub conditione data non exsistit, nisi adita hereditate: ita fit, ut adita hereditate, reperiatur aliquod tempus intermedium, quo tempore hic servus fit heredis servus: ut sic verum sit, servo heredis legatum datum esse, atque ita heredi a seipso legatum esse.

1 Hinc quæsitum est, † an fideicommissum, aut legatum relinqui possit ei servo, qui eodem testamento manumissus est per fideicommissum, seu quem heres est rogatus manumittere? Dubitationis caussa hæc est, quia qui per fideicommissum manumittitur, videtur sub conditione manumitti, quæ non exsistit, nisi post aditam hereditatem, nam manumittitur, si heres eum manumittat. Libertatem enim ab herede accipit, §. *ult. Instit. de sing. reb. per fideicommiss.* Porro heres non potest manumittere, nisi adita hereditate, si servum testatoris fuisse proponas. Sed placuit ab eo, qui fideicommissam hereditatem pure accepisset, utiliter legari & utiliter fideicommitti, ut manumisso legati & fideicommissi conditio competat, ut hic traditur & pluribus in *L. si quis servo, de legat.* 2. Non obstat, quod dicitur, in fideicommissaria libertate conditionem inesse. Nam conditio iuris est, quæ sua sponte inest, non a testamento. Adicitur: Conditiones huiusmodi non reddunt supremam voluntatem conditionalem, *L. conditiones extrinsecus*, *de cond. & demonst.* Et ideo tametsi non competit iure libertas, nisi ei, qui manumissus est ab herede; tamen fideicommissi dies statim cedit, non minus, quam legati servo relicti. Ita simpliciter verum est, eo tempore legatum & fideicommissum relinqui manumisso, non servo, etiamsi heres manumittat statim, tamen pro manumisso servus habendus est, in quo manumittendo heres moram fecit. Hæc est sententia *L. si quis servo*, *de legat.* 2.

Ad L.

Ad L. Ab eo. 9.

Imp. Gordianus A. Paulinæ.

Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hereditatem, vel mortis caussa donationem accepit, nihil per fideicommissum, relinqui potest. PP. XVII. Kal. Octobr. Pio & Pontiano Coss.

SUMMARIA.

1. *Duæ huius legis sententiæ.*
2. *A quibus fideicommissum, aut legatum relinqui possit, a quibus non.*
3. *Definitio huius rescripti multis modis falsa videri potest; & quare non sit.*

DUæ sententiæ hic statuuntur verbis contrariæ de his, a quibus fideicommissum, aut legatum relinqui possit, aut
1 non. Sunt † autem hæ: cui testator nihil in morte dedit, ab eo nihil relinquere potest, cui autem dedit, ab omni eo utiliter relinquit. Prior expressa est *L.* 1. *§. ult. de legat.* 3. Posterior hoc ex loco intelligitur. Sed datum hic plenius accipiendum est, non tantum, quod testamento pleno & aperto in aliquem contulit, sed & quod morte defuncti ad eum pervenit, dum ei a defuncto non adimitur, & ideo plenior definitio huius rei est concipienda, ut concepta est *L.* 1. *§. sciendum,*
2 *de legat.* 3. Ab omnibus † fideicommissum relinqui potest, ad quos morte defuncti aliquid pervenit, dum vel ei datur, vel quod a defuncto accipi poterat, non adimitur. Ergo sunt duo genera eorum, a quibus fideicommissum relinqui poterat. Primum eorum, quibus ita defunctus quid dedit, ut ad eos morte defuncti, seu suprema voluntate defuncti perveniret. In hoc numero sunt heredes a defuncto instituti, vel substituti, legatarii, fideicommissarii, debitor defuncti, a quo defunctus fideicommissum reliquit. Item hi, qui legatorum vicem obtinent.

Ab heredibus institutis, aut substitutis legari posse certum est, ut quibus a testatore datur hereditas. At a legatario & fideicommissario fideicommissum quoque relinqui posse constat, *Inst. de sing. reb. per fideicom. in pr.* Idque ob eandem caussam, quia his legatum, aut fideicommissum datur & a debitore defuncti fideicommissum relinqui potest, quatenus debet, *L. si pecunia, de legat.* 1. quoniam cum defunctus a debitore fideicommissum relinquit, prius ei liberationem legare intelligitur, dicta *L. si pecunia.* Legatorum loco sunt hi, quibus mortis caussa donavit defunctus, his enim in donatione causa mortis, vivus viventi donat, *L. inter, D. de donat. cauß. mort.* Sed tamen ita donat, ut donatio non nisi morte confirmetur, non magis, quam legatum, quia tamdiu donator donationem revocare potest, *L. non videtur. L. donatus, §. donatio, D. de mortis caussa donatio.* Inde dictum donationes mortis causa legatis comparari, *L. illud, D. de mort. cauß. donatio.* Ob hanc caussam etiam ab eo, cui mortis causa donatum est, fideicommissum relinqui potest, ut a legatariis, *L. cum pater, §.* 1. *de legat.* 2. In eodem numero sunt donationes inter virum & uxorem: nam hæ non revocatæ morte donantis confirmantur, ut donationes mortis causa, *L. cum hic status, D. de donat. inter vir. & uxor. L. ult. infr. eodem tit.* Ob id etiam placuit, unum ex coniugibus, qui alteri coniugi donavit, fideicommissum, ab eo cui donavit, relinquere posse, *L. in donationibus, inf. ad legem Falcid.* dicta *L. cum hic status, §.* 1. *in fin. D. de donat. inter vir. & uxor.*

Alterum genus eorum, a quibus fideicommissum relinqui potest ex superiori definitione, est eorum, quibus testator revera nihil dedit iudicio suo, sed solum videtur dedisse, quia non ademit, quod poterat adimere. In hoc numero sunt heredes legitimi defuncti: heredes legitimi impuberis, qui est in defuncti potestate. Item hi, qui mortis caussa capiunt ex testamento defuncti. Postremo hi, ad quos legata, aut hereditatis aliis datæ emolumen-

mentum pertinet. Primo, ab omnibus, ad quos defuncti hereditas aut bonorum possessio perventura est, fideicommissum relinqui potest, *L. 3. §. sciendum, D. de legat. 3. L. si fundum, §. ult. de legat. 1.* Et tamen defunctus hereditatem hic non dat, nam hereditas a lege datur, unde & legitima hereditas appellatur, *L. lege obvenire, D. de verb. signific.* Sed testator his hereditatem adimere potuit, alios heredes instituendo. Proinde, si alios non instituit, hoc ipso videtur legitimis heredibus hereditatem dedisse, quia non ademit, dicta *L. 3. §. sciendum, de legat. 3.* Eadem ratione pater impuberis, quem in potestate habet, fideicommissum relinquere potest ab heredibus legitimis impuberis, quia fuit in potestate patris alios heredes filio substituendo, legitimis eius heredibus hereditatem adimere, *L. si fundum per fideicom. §. ult. de legat. 1.* Ab his etiam, qui mortis caussa capiunt ex testamento, fideicommissum relinqui potest. Verbi gratia: Stichus liber esse iussus est, si 10. Titio daret. Hæc 10. a Titio fideicommitti possunt, *L. quidam, de legat. 1.* Et tamen hæc 10. non dantur Titio a defuncto, quoniam hæc 10. Titius ex testamento petere non potest, *L. si quis sub conditio, D. si quis manumiss. causs. testam.* Sed tamen mortis defuncti caussa capiuntur; ideo defunctus videtur quodammodo ea dedisse, quia conditionem detrahendo, aut manumissionem revocando potuit perficere, ne illa 10. ad Titium pervenirent, unde dicuntur mortis defuncti caussa capi, quia capiuntur per accessionem mortis eius, *L. mortis caussa capimus, D. de mortis caussa donatio.*

Hi, ad quos hereditatis, aut legati aliis relicti emolumentum pertinet, sunt legatarii, dominus, aut pater, aut heres. Nam cum servo legatum est, per servum domino acquiritur: cum legatum filiofamilias, per filium patri acquiritur, *§. 1. & 2. Instit. per quas personas, L. placet, D. de acquirend. hered.* Sed & quod legatario quæsitum est, id eo mortuo ad heredem eius pertinet. Proinde si quid servo legatum sit, aut filiofamilias, placuit a domino & patre fideicommissum relinqui posse, *L. cum filiusfamilias 11. de legat. 1.* Placuit item ab herede heredis, aut legatarii non minus fideicommissum relinqui posse, *L. 5. §. ult. de legat. 3.* Atqui testator iudicio suo neque domino, neque patri, neque heredi legatarii quicquam debet, *L. qui liberis, §. ult. de vulg.* Argumentatio est verissima, quia si filius, aut servus vivo testatore decedat, patri, aut domino nihil debetur. Si legatarius decedat vivo testatore, legatum ad heredes legatarii non pertinet, sed ideo defunctus servo, aut filiofamilias legando videtur dedisse patri, aut domino, hoc ipso, quod legatum servo, vel filiofamilias vivus non ademit; eademque heredis & legatarii ratio est.

His cognitis, multis † modis definitio 3
huius rescripti falsa esse videtur. Nam I. falsum esse dixeris in debitore defuncti, a quo defunctus fideicommissum relinquit, cum ei prius nihil aperte dederit. Sed supra responsum est. Nam hoc ipso, quod fideicommissum relictum dicitur, prius liberatio ei relinqui intelligitur. II. Videri potest esse falsa in donationibus inter virum & uxorem. Nam hæ hac definitione comprehensæ non sunt, & tamen qui donavit uxori, ab uxore fideicommissum relinquere potest. Sed & de hoc supra responsum est. Nam huiusmodi donationes species quædam sunt donationis caussa mortis. III. Falsa esse videtur in heredibus legitimis, a quibus fideicommissum relinqui potest, & tamen defunctus his hereditatem non dat, sed lex. Respondeo: & lex & defunctus. Lex recta, vel proprie: defunctus hoc ipso, quia non adimit his hereditatem, quam adimere potuit. Sed præcipue & certe videtur falsa esse in his, qui causa mortis capiunt, cuiusmodi sunt hi, quibus implendæ conditionis causa aliquid datum est, vel ab herede, vel legatario, vel manumisso. Nam ab his fideicommissum relinqui posse constat, & tamen neque hereditatem, neque legatum, neque fideicommissum, neque mortis causa donationem a defuncto accipiunt, ut expressum est in *L. mortis caussa capimus, D. de mortis causs. donat.*

Dicendum est, eum, qui mortis causa quid accepit, proprie nihil eorum, quæ suprascripta sunt, accepisse, secundum quam proprietatem verbi scriptum est in dicta *L. mortis causs. cap.* Abusive autem & improprie, quod per mortui defuncti occasionem capitur, dici potest a defuncto capi, quasi defunctus videatur dedisse, quod non ademit, cum posset adimere. Postremo videri poterit etiam falsa definitio in patre, domino, & herede legatarii, utpote quibus nihil omnino defunctus dedit, neque vivus, neque moriens. Sed dicendum est defunctum nihil his dedisse recta, sed revera dedisse per interpositam legatarii personam, quia per legatarium legatum ad istos pervenit, argum. *L. 1. in fin. & L. 2. de her. petit.*

Ad L.

Ad L. Verbum, Volo. 10.

Idem A. Firmo.

Verbum, Volo, *licet desit: tamen quia additum perfectum sensum facit, pro adiecto habendum est. III. Idus Decemb. Gordiano A. & Aviola. Coss.*

SUMMARIA.

1. *Voluntas sine scripto, & scriptum sine voluntate, nihil proficit ad hereditatem, legatum aut fideicommissum relinquenda.*

2. *Testator an plena & perfecta oratione scribere, vel nuncupare debeat.*

Nihil ad rem pertinet defunctum aliquid alicui dare voluisse, ut legatum, aut fideicommissum debeatur, nisi hanc etiam voluntatem testamento, vel
1 codicillis scripserit, aut nuncuparit, ut † neque voluntas sine scripto, neque scriptum sine voluntate quidquam proficiat ad hereditatem, legatum, aut fideicommissum relinquenda, *L. quoties, de hered. inst.* Quod tamen desideratur, ut testator voluntatem suam scribat, vel nuncupet verbis, non sic accipiendum est,
2 ut debeat scribere † vel nuncupare plena & perfecta oratione, sed si quid scripserit aut dictaverit, ex quo intelligi possit, quid voluerit, voluntas eius servabitur, quasi minus scriptum fuerit, plus nuncupatum, ut ibidem, in *d. L. quoties*, adiicitur. Id quale sit, explicatur in *d. L. quoties*, & *L.* 1. §. *si ex fundo, de hered. instit.* idem in fideicommisso, quale sit, hic traditur. Secundum hanc sententiam huiusmodi fideicommissum valet, *Titio fundum Tusculanum dari*, etiamsi non adiecit defunctus, *volo*, ut plena oratio fideicommissi efficeretur, tamen valebit. Idem dicendum est, etsi testator tantum ita dixerit: *Titio fundum Tusculanum*, &c. quia satis intelliguntur hæc verba ex præcedentibus, *do, lego, vel dari volo*, &c. Ad hanc sententiam pertinet *L. si unus, sup. de testam.* ubi dictum.

Ad L. Quoties ab, 11.

Idem A. Papyriano.

Quoties ab omnibus, qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem aspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus alii consenserint: contractus auctoritas convelli nequaquam potest. PP. II. Kalend. Ianuar. Gordiano A. II. & Pompeiano Coss.

SUMMARIA.

1. *Prohibitio alienationis fundi, vel hereditatis, vel legati quando valeat.*
2. *Alienationis pœna.*
3. *Alienatio & venditio rerum distrahi prohibitarum, quando & quibus casibus rata sit, nec revocari possit, & num.* 4.

1 Prohibitio † alienationis fundi, vel hereditatis, vel legati tunc valet, cum testator nominatim vetuit alienari certarum personarum caussa, quibus consultum voluit, *L. filiusfam.* §. *divi, de legat.* 1. Id fit, cum vetat alienari, & adiecit, ut fun-

fundus ad certas personas perveniat: veluti, cum fundum vetat alienari, ut in familia maneat. idem fit, cum testator quibusdam personis permittit vendere, & extra has personas alienari vetat: veluti cum fundum libertis legat & vetat extra familiam libertorum alienari, aut cum tribus legat, Primo, Secundo, & Tertio, & vetat ne quis partem suam vendat, nisi collegatariis. Exempla sunt in *L. unum. §. sed etsi* vers. *quod si talia. L. cum pater, §. libertis, de legat.* 2. Alienatione ita prohibita, rem contra præceptum testatoris alienare non licet. Alienationis † pœna hæc est, ut revocetur alienatio ab his, quorum caussa alienatio prohibita est. Perinde est enim, quasi testator his personis fideicommissum dedisset, si res vetita alienari alienata esset, secus quam testator prohibuisset. Proinde re alienata hæ omnes personæ ad fideicommissi persecutionem vocantur. Et si sint plures gradus earum personarum, hi vocati intelliguntur, qui sunt primi gradus, *d. L. unum de leg.* 2.

Sed cum hæc persecutio & revocatio rei alienatæ constituta sit eorum tantum gratia, quibus testator consultum voluit: † evenit interdum, ut quanvis res alienari prohibita alienetur, tamen venditio & alienatio rata sit, nec possit revocari, quod hoc rescripto declaratur. Id autem contingit duobus casibus hic comprehensis. Unus est, si omnes, qui facta alienatione vocabantur ad persecutionem fideicommissi, rem vendiderunt: utputa prohibitus est heres fundum alienare extra familiam, & alienavit; omnibus, qui sunt ex familia, fideicommissi persecutio competit. Dicimus, si hi omnes fundum vendiderint, venditionem revocari non posse. Cuius sententiæ ratio hæc est: quoniam si quis ex his venditoribus potest rem venditam revocare fideicommissi iure, necesse est, ut aut partem a se venditam, aut partem cæterorum revocare non possit, quia vendidit, & si alius eam partem evicisset, is, qui vendidit, de evictione teneretur, *L. ex empto, de action. empt.* Ergo si ipse eam partem vindicet, ut evincat: multo magis exceptione removebitur, *L. vindicantem, de eviction.* Nam si emptori re evicta ultro actio datur adversus venditorem; multo magis venditore rem evincente, dabitur emptori adversus evictionem exceptio. Cui enim damus actionem, ei multo magis exceptionem quis competere dixerit, *L. invitus, §. 1. de regul. iuris.* Partem cæterorum, quibus fideicommissi persecutio competebat, revocare non posse, tametsi partem cæterorum non vendidit. Nam in hoc genere fideicommissi hi solum ad fideicommissi persecutionem invitantur, qui iudicio defuncti paruerunt, idest, qui & ipsi partem suam non alienarunt. Indignus est enim iudicio defuncti, qui contra iudicium defuncti facit, dicta *L. cum pater, §. libertis, de legat.* 2.

4 Alter † casus est, si hi, qui ad fideicommissi persecutionem invitabantur, non vendiderunt quidem, sed venditori consenserunt; ut si heres prohibitus sit fundum alienare extra familiam, & ipse vendat familia tota consentiente: aut si tribus legatus sit fundus, & singuli prohibiti vendere, nisi collegatariis; unus autem suam partem vendat cæteris consentientibus: qui consenserunt fideicommissi persecutionem non habent, aut certe exceptione pacti ab emptore repelluntur.

Exceptio est sumpta ex edicto prætoris de pactis, quo prætor pollicetur se pacta servaturum. Unde sumptæ sunt hæ regulæ: Licere unicuique suo iuri renuntiare. Item, licere unicuique futuri iuris persecutionem & præsentis deteriorem pacto constituere, *L. pactum, D. de pact. L. penult. supr. de pactis.* Item illud: Remittentibus actiones suas non dari regressum, *L. quæritur, §. si venditor, D. de ædilit. edict.* Hæc enim sunt consequentia edicto, servari pacta.

Ad L.

Ad L. Post mortem, 12.

Impp. Philippus A. & Philippus C. Rufino.

Post mortem suam rogatam restituere hereditatem, defuncti iudicio, & antequam fati munus impleat, posse satisfacere, idest, restituere hereditatem quarta parte vel retenta, vel omissa, si voluerit, explorati iuris est. PP. Id. Octob. Peregrino & Æmiliano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Mulier heres instituta, & post mortem suam hereditatem restituere Titio rogata, si viva, detracta quarta ex Senatusconsulto, fideicommissum restituere velit, an possit.*
2. *Verba*, post mortem tuam, *quid significent.*
3. *Natura non est solutio, nisi eius, quod debetur.*
4. *Restitutio fideicommissi ante mortem heredis in quibus caussis aliis noceat.*

HEres mulier instituta est, rogataque est restituere hereditatem post mortem suam Titio. Viva mulier † fideicommissum restituere vult, detracta quarta ex senatusconsulto, quæritur, an possit? non quæritur de voluntate Titii, nam constat volenti restitui posse, sed quæritur, an possit restitui invito, quasi id sit ex voluntate & iudicio defuncti. Quid dubitationem faciat, mox dicemus. Hic respondetur, etiam ante mortem mulierem fideicommissum restituere posse ex senatusconsulto, & quidem ita, ut iudicio defuncti satisfaciat. Huic sententiæ videtur refragari certa ratio iuris civilis nominatim, & præterea *L. sed & si alio*, 9. *§. ult. L. sed etsi ante seq. ad Treb.* Quæ ratio adversetur huic sententiæ, ut intelligatur, sciendum est, hoc fideicommissum, *post mortem tuam restituas*, esse conditionale. Nam † hæc verba, *post mortem tuam*, valent, postquam mortua fueris. Hæc adiectio habet diem incertum. Dies incertus in testamentis conditionem facit. Itaque perinde hoc fideicommissum accipitur, quasi ita dictum esset: *Restituas, si mortua fueris*, nempe per heredes tuos, *L. dies, de condit. & demonstr.* Ideo diserte scriptum est in *L.* 4. *quando dies leg. ced.* hoc genus fideicommissi esse conditionale; & si Titius fideicommissarius vivente herede decedat, neque fideicommissario, neque eius heredibus quicquam deberi. Hoc posito, consequens est, hoc fideicommissum ante mortem heredis restitui non posse hac ratione: Quod non debetur, solvi non potest, quia † natura 3 non est solutio, nisi eius, quod debetur, *tit. Instit. quib. mod. toll. obl. in pr.* Quod autem sub conditione debetur, id pendente conditione non debetur *L. cedere diem, de verb. sig.* Ergo pendente conditione solvi non potest. Iam vero hoc fideicommissum, *post mortem tuam restituis*, habet conditionem, *si morieris*. Ergo ante mortem restitui & solvi non potest, *L. sed etsi*, 9 *L. seq. ad Trebell.* Diserte scribitur, fideicommissum conditionale pendente conditione restitui non posse, & si forte volente fideicommissario restitutum sit, actiones in fideicommissarium non transire, quia non sit restitutum, ut testator voluit. Respondeo primo ad rationem, quam initio posuimus: fatemur quod sub conditione debetur, quemadmodum pendente conditione non debetur, ita nec pendente conditione solvi posse. Idque non tantum in certis obligationibus admittimus ex superiore ratione, sed in fideicommisso, ex dicta *L.* 9. *§. ult. D. ad Trebell.* Sed hoc dicimus: Fideicommissum hoc *post mortem heres restituas*, hactenus esse conditionale, quatenus heres vivus fideicommissum non restituit: quod si volet restituere, non est fideicommissum conditionale ex voluntate & iudicio defuncti, qui voluit licere heredi etiam ante mortem suam restituere. Id probatur liquido ex verbis huius rescripti, ubi dicitur, heres ante mortem fideicommissum restituens, satisfacere iudicio defuncti, idest, voluntati,

tati, ergo testator volebat fideicommissum id etiam ante mortem restitui posse. Idem probatur apertius ex *L. patrem, D. quæ in fraudem credit.* Ubi in hac ipsa specie respondetur, heredem, qui ante mortem suam fideicommissum restituit, plenam fidem & debitam pietatem restitutionis sequi. Ergo fides heredis erat, ut si vellet, ante mortem restitueret; ergo ante mortem si restituit, pie facit, satisfaciens voluntati defuncti. Sic fit, ut dum heres ultro fideicommissum hoc restituere vult, intelligatur fideicommissum ex voluntate defuncti purum esse, non conditionale. Idque ex genere conditionis facile intelligitur. Nam cum testator voluit heredem non restituere, nisi post mortem suam, apparet conditionem adiecisse heredis caussa, ut vivus hereditate frueretur: sed hac conditione, ut non invitus vellet: nam invito beneficium non datur, *L. invito, de reg. iur.* Proinde, si voluit hereditatis commodo frui, testator hoc animo est, ut velit illi licere restituere hereditatem fideicommissario, cui post consultum volet.

Ex his responsum ad *L. 9. §. ult. & L. seq. D. ad Trebellian.* Fatemur enim, ut supra dictum, fideicommissum sub conditione relictum, pendente conditione restitui non posse. Sed iam dixi, fideicommissum, de quo agitur, non esse conditionale, ubi heres ante mortem vult restituere fideicommissum. Hinc consequens est fideicommisso ante mortem heredis restituto, omnia locum habere, quæ haberent, si post mortem restitutum esset ex Senatusconsulto. Primum cum ante mortem heres restituerit fideicommissum, quartam detrahere poterit, si volet: quod hic scriptum est, & tamen non potest, nisi ex Senatusconsulto detrahi, *§. sed quia hered. Institut. de fideicommiss. hered.* Eadem ratione & restituta hereditate transibunt actiones in fideicommissarium, propterea quod restituitur hereditas, ut testator voluit, quod quotiescunque fit, transeunt actiones, ex *d. L. sed etsi 9. ad Trebell.* Restitui autem fideicommissum ex voluntate testatoris, etiam ante mortem supra ostendimus. Et probat hoc rescriptum, & *d. L. patrem, D. quæ in fraud. credit.* Quod tamen dicitur in hac specie, fideicommissum ante mortem heredis restitui, sic accipiendum est: nisi restitutio noceat aut fideicommissario, aut aliis, quibus testator eodem fideicommisso consultum voluit.

Fideicommissario nocet restitutio, si is ante mortem heredis sit in patris potestate. Nam si tunc fideicommissum restituitur, non filio acquiritur restitutum, sed patri per filium. Proinde placet hoc casu exspectandam esse mortem heredis, quia fieri possit, ut interim filius sui iuris efficiatur, atque legatum sibi acquirat, non patri. Aut certe esse expectandum, donec filius liberetur patris potestate ante mortem heredis, *L. filiusfam. §. divi. 1. D. de legat. 1.* Restitutio fideicommissi † ante mortem heredis, nocet aliis 4
in his caussis tribus, si heres rogatus sit fundum restituere pluribus, puta Primo, Secundo & Tertio, & vivus partem restituat Primo, deinde Primus vivo herede decedat. Nam hoc modo futurum est, ut restitutio huius partis noceat eius collegatariis, quia si fideicommissum restitueretur post mortem heredis, totus fundus pertineret ad duos reliquos collegatarios, & pars deficientis illis accresceret. Proinde placet hoc casu idem iuris statuendum esse, nec liberari heredes heredis, nisi solidum fundum reliquis duobus collegatariis superstitibus restituant. Nocet præterea restitutio aliis in hac specie; cum heres rogatus est post mortem suam restituere fideicommissum ei ex filiis, cui volet, & vivus unum ex filiis eligat, cui restituit. Nocet hæc restitutio aliis, quia si mors heredis exspectaretur, aut illud tempus, cum heres moreretur, fortasse vel heres, vel heredes eius alium ex filiis eligerent. Proinde recte quoque hoc casu placuit electionem ante mortem non extingui, *L. cum pater, §. hereditatem & a filio, D. de legat. 2.* Postremo restitutio aperte nocet aliis in hac specie, cum heres rogatus est, fideicommissum post mortem suam restituere Primo, & si Primus vivo herede decederet, rogatus est restituere idem Sempronio. Hic, inquam, aperte nocet restitutio Sempronio, si heres restituat fideicommissum ante mortem Primo, & Primus vivo decedat herede. Nam ex conditione substitutionis fideicommissum ad Sempronium pertineret deinde post mortem heredis. Quapropter recte hic quoque est responsum, si heres restituat fideicommissum Primo ante mortem, & Primus decedat vivo herede, heredem fideicommisso non liberari, *L. uxorem, §. Seium, de legat. 3.*

Ad L. Quoties. 13.

Iidem A. & C. Sempronio.

Quoties principali loco heres institutus testatoris succedit: legata, seu fideicommissa a substituto data posci iure non possunt. PP. VIII. Kalend. Martii Præsente & Albino Coss.

S U M M A R I A.

1. *Legata a substituto relicta an debeantur.*

2. *Institutus, qui hereditatem defuncti totam obtinet, an legata ex iudicio defuncti præstare debeat.*

TEstator Primum heredem instituit, & ab eo ita legavit, *Peto a te Prime, ut fundum Tusculanum Titio restituas*. Primo Secundum substituit, hoc modo: *Si Primus heres non erit, Secundus esto*, & a Secundo ita legavit: *Rogo te Secunde, ut* 100. *Sempronio des*. Primus heres exstitit, quo factum est, ut excluderetur Secundus, itemque substitutus, *L. post aditam, supra, de impuber. & aliis substitut.* Quæsitum est, † an legata a substituto relicta debeantur? Hic scriptum est non deberi, & constat non deberi a substituto, quem hereditate exclusum esse dicimus. Nam cui testamento nihil datum est, ab eo nihil relinqui posse constat, *L. ab eo, supr. h. t.*

2 Sed quæritur, † an institutus, qui hereditatem totam obtinet, hæc legata ex iudicio defuncti debeat præstare? Movet dubitationem ius constitutum de substituto. Nam quoties condito testamento quidam sunt instituti, quidam substituti, placet deficientibus institutis legata ab his relicta, a substituto præstanda esse, *L. licet, de legat.* 1. Idem e converso dici debuisse videtur, ut legata a substituto relicta etiam ab instituto præstanda sint. Adversus quam dubitationem hoc rescripto cavetur in totum, legata a substituto relicta non deberi, ut intelligamus neque a substituto deberi, qui nihil accepit, neque ab instituto, a quo relicta non sunt. Differentiæ ratio est, quia substitutus substituitur in locum primi heredis: quo fit, ut non solum in ius, seu commoda, sed etiam in incommoda succedat. Institutus autem non substituitur in alterius locum, ut proinde ex persona alterius nihil præstare debeat.

Digitized by Google

Ad L. Eam, quam. 14.

Impp. Valerianus & Gallienus AA. Falconi.

Eam, quam frater tuus instituerat, sive quæsita, sive non quæsita hereditate decesserit: cum tamen simpliciter, antequam duodecimum ætatis annum implevisset, verbis precariis testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos: nihil prohibet fideicommissum petere, vel ab ipsius heredibus, vel ab his, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habet, quod regulariter traditur, ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere: cum verbis relicta directis adiri potuit hereditas, non cum illa ipsa data est, ut esset ab intestato successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes adseverationem tuam, quasi scripta heres non fuerit iure adoptata. Alioquin si in familia relicta heres facta decesserit: & consequenter ipsius heredes petitione fideicommissi respondere coguntur. PP. XIV. Kal. Decemb. Valeriano III. & Gallieno II. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Facti species ex verbis rescripti sigillatim demonstrata.*
2. *Dubitandi in proposito caussæ, & ex his quæstio.*
3. *Hereditate simpliciter iussa restitui quibusdam, omnes heredes rogatos videri de ea restituenda: scriptos si hereditatem adierint, & his non adeuntibus, heredes legitimos. & num. 8.*
4. *Generalem & indefinitam orationem de restituenda hereditate id efficere, & quo exemplo.*
5. *Directam substitutionem non adita hereditate evanescere, fideicommissariam manere, si testator hoc animo sit, ut hereditas sua restituatur a quibuslibet heredibus: differentiæ ratio exposita.*
6. *A legitimis heredibus qui aliquid præstari iubet testamento, satis declarat se velle, ut ea scriptura in eum casum habeatur pro codicillis.*
7. *Adoptata puella si a patre instituta esset, futurum fuisse, ut viva quomodo patri demortuo heres existeret: quo casu fideicommissum deberi, & eo obligari heredes puellæ, quam recte hic dicatur.*
8. *Summa rescripti.*
9. *Regula iuris*, ea, quæ testamento relinquuntur, si ex eo non adeatur hereditas, non valere, *quam rationem habeat.*
10. *Hactenus iure communi veram esse, nisi testator velit scripturam testamenti pro codicillis valere, aut quod idem est, velit id, quod testamento relinquebatur, etiam ab heredibus legitimis præstari.*
11. *Hinc exceptiones variæ ex eodem fonte natæ iure communi, & quæ sint.*
12. *Eiusdem regulæ & iure singulari quasdam exceptiones esse, tum quæ in hoc numero habendæ sint, aut non sint.*
13. *Lectio vulgaris vitiosa*, Eam quam, *& non aliter recte legi posse, quam*, Ea, quam.

1 TEstator puellam † adoptaverat, sed non iure, ut postea compertum est: sic enim Falco consultor asseverabat, ut indicat extremum rescripti. Finge testatorem absentem arrogasse, vel testatorem gessisse tutelam puellæ: quibus casibus arrogatio non valet. *L. neque ei, L. usque absens, & L. seq. D. de adopt.* Is testator, sive quod puellam haberet pro iusta filia, sive quod putaret filiam non esse; eam heredem testamento instituit, non ut filiam, idest, non ita, ut filiam nominaret; sed solum illam heredem instituit suo nomine, ut patet ex his verbis, quæ sunt

sunt in principio: *Ea, quam frater tuus heredem instituerat*. Quod dicimus, ut sciamus eam puellam potuisse hereditatem adire, si vellet: quæ alioqui non potuisset, si ut filia fuisset instituta. *L. 5. supr. de testam. L. nec apud, supr. de hered. inst.* Hoc amplius testator voluit eodem testamento ei puellæ quosdam esse substitutos, puta Primum & Secundum. Ei, subintellige, *mortuæ*, quod intelligitur ex his verbis rescripti, *peti fideicommissum potest vel ab eius puellæ heredibus*. Non sunt heredes, nisi demortui. Item dicitur in extremo, *si heres factus decesserit*. Sed testator voluit ei substitutos quosdam verbis precariis, ut adiicitur in rescripto, idest, verbis fideicommissi; ea verba quæ sint, traditur in §. *ult. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.* Itaque hic sensus est: testator voluit quibusdam hereditatem suam restitui. Adiicitur in rescripto, testatorem voluisse quosdam esse puellæ substitutos, antequam duodecimum annum implevisset. Nam diximus hos esse substitutos non viventi, sed mortuæ. Adiicitur amplius, esse substitutos simpliciter. Quod habet hanc sententiam, testatorem ita voluisse hereditatem restitui, si puella intra duodecimum annum decessisset, ut cum id dixisset, nihil amplius adiiceret, sed solum diceret se velle hereditatem illis & illis restitui. Ita in summa institutio & fideicommissum testamento relictum sunt eiusmodi: *Sempronia puella mihi heres esto: si Sempronia intra duodecimum ætatis annum decesserit, volo hereditatem meam restitui Primo & Secundo:* ut intelligamus hic non fuisse substitutionem directam, sed fideicommissum, quod testator voluerit relinquere non ab hoc, vel illo herede, sed simpliciter restitui, quisquis heres eam hereditatem obtineret. Dicitur autem hoc fideicommissum substitutio, & fideicommissarii dicuntur hic substituti, quia etiam fideicommissum substitutionis nomine continetur, diciturque usitate substitutio fideicommissaria. *L. coheredi, §. cum filia, D. de vulg. subst.* Mortuo testatore, post etiam puella intra duodecimum annum decessit non adita hereditate, unde quæstio maxime huius loci, ut declarant ea verba rescripti: *Nam quod traditur*. Hinc enim evenit, ut cum puella non esset sua heres defuncti, utpote non legitime adoptata, & extranea hereditatem non adierit: evenit, inquam, ut non quæsita hereditate decesserit: & simul ut testator decesserit intestatus, utpote, testamento eius, nemine herede existente, irrito facto, ut est definitio intestati in *Inst. de hered. quæ ab intest. def. in pr. L. 1. in fi. D. de iniust. rupt.* Intestati hereditas post filios & parentes ad proximos agnatos & cognatos pertinet. *Instit. de succes. cognat.* in quo numero est defuncti testatoris frater Falco, qui eo nomine etiam fratris intestati hereditatem adivit, & intestati iure eam hic obtinet. Fideicommissarii Primus & Secundus petunt ab eo, ut sibi restituat hereditatem ex caussa fideicommissi superioris, cuius conditio extiterit.

Falco † negat fideicommissum se debere, & ita se tuetur. Fatetur fideicommissum peti potuisse, si puella hereditate quæsita decessisset, sive quod extitisset ipso iure heres, sive quod extranea hereditatem adivisset. Nam hoc modo confirmatum esset testamentum, & per testamentum ea omnia, quæ testamento cauta essent; sic deinde puella hereditatem quæsitam transmitteret ad heredes suos, *L. 1. sup. de iur. deliber.* a quibus fideicommissum recte peti potuit, quia videtur puella rogata esse, aut heredes eius. Nunc autem puella decessit non quæsita hereditate. Non enim extitit ipso iure heres, quoniam non fuit filia defuncti, multoque minus in defuncti potestate, utpote quæ non fuerit iure adoptata, ut intelligitur ex definitione suorum in §. 1. *Institut. de hered. quæ ab intest. & §. fin. eodem titul.* Sed nec extranea hereditatem adivit, de quo constabat. Hoc concesso, defendit se fideicommisso non teneri duabus rationibus. Una est, quod etsi fideicommissum valeret, tamen relictum non est a legitimis heredibus; cui consequens est fideicommissum tantum deberi vel a puella, vel a puellæ heredibus. Ipse autem puellæ heres non est, sed defuncti fratris, qui intestatus decessit. Altera, quod etsi fideicommissum hoc nominatim relictum esset ab heredibus legitimis, tamen frustra relictum esset, quia non esset adita ex testamento hereditas. Efficiturque id regula iuris, qua traditur, ea, quæ in testamento relicta sunt, non valere, si ex eo adeatur hereditas. Quæ regula hanc rationem habet, quod non potest ex testamento quidquam valere, nisi aut tanquam ex testamento, aut tanquam ex codicillis. Sunt enim hæ tantum duæ species supremarum voluntatum *L. si idem. L. ult. §. ult. supr. de cod.* Testamentum irritum factum, ut testamentum valere non potest; nec potest valere ut codicilli, cum testator nominatim non cavit, ut tanquam codicilli valeret, *L. coherede, §. cum filia, D. de vulgar. substit. L. 1. D. de iur. codicill.* Quæstio,

ftio, an fideicommiffum debeatur, & an a Falcone legitimo herede fratris peti poffit?

3 Refpondent † Imperatores, fideicommiffum deberi, five ea puella, quam teftator inftituit, deceflerit quæfita hereditate, five hereditate non quæfita: atque ita fideicommiffum peti poffe, vel ab eius puellæ heredibus, vel ab iis, qui inteftati hereditatem poffident, qualis eft Falco confulior: non tamen ut ab his, vel illis peti poffit eodem tempore, fed diverfis, prout puella quæfita hereditate deceflerit, aut non quæfita hereditate. Peti ab eius heredibus poterit, fi ipfa heres extitit: fic enim hereditatem quæfitam tranfmittit ad heredes fuos, quam deinde illi poffunt reftituere. Peti autem poteft ab heredibus legitimis defuncti, cum puella non quæfita hereditate deceflerit; fic enim fit teftator inteftatus, ut proinde eius hereditas ad legitimos eius heredes pertineat. Neque vero tenentur reftitutione fideicommiffi, feu hereditatis, nifi heredes, qui hereditatem poffident. Utut autem ab his aut illis petitio futura eft, illud manet, fideicommiffum in propofito peti poffe ab heredibus legitimis, fi puella non quæfita hereditate deceffit.

Ad primam defenfionem Falconis refpondetur in illis verbis *cum tamen fimpliciter*.

4 Eft enim † hic fenfus: non obftat, quod fideicomiffum relictum non eft ab heredibus legitimis. Sane enim expreffim ab his relictum non eft: fed generaliter fatis relictum intelligitur. Nam teftator *fimpliciter* voluit, hereditatem fuam reftitui Primo & Secundo: fimpliciter, ideft generaliter & indefinite, fine expreffione perfonæ, a qua hereditatem reftitui vellet. Generali oratione omnes heredes continentur, ad quos ea hereditas pervenire poteft, argumento *L. fi fervitus, D. de ferv. urb. præd.* Proinde continentur heredes tam puellæ, quam heredes legitimi defuncti. Idque fimpliciter refpondetur in hac fpecie, ut veteres refponderunt in edicto: *Quod metus cauffa*, Edictum ita fcriptum eft, *Quod metus cauffa geftum erit, ratum non habebo. L. 1. D. quod metus cauffa*. Non dixit prætor, *quod geftum eft ab hoc, vel illo:* non dixit, *ratum non habebo adverfus eum, qui vim fecit*, fed fimpliciter & generaliter, *ratum non habebo*. Inde veteres edictum fic acceperunt, quafi polliceretur prætor, fe ratum non habiturum adverfus omnes, qui commodum ex vi fenfiffent, quia edictum non effet in perfonam fed generaliter conceptum, & in rem, *L. metum autem, §. ult. D. quod metus cauffa*. Sic in propofito, quia teftator voluit fimpliciter hereditatem fuam reftitui, nec adiecit ab hoc, aut illo, intelligere debemus voluiffe eum hereditatem fuam reftitui ab omnibus heredibus, ad quos ea hereditas perveniffet.

Secundam rationem & defenfionem Falconis removent Imperatores in illis verbis; *Tunc enim locum habet*. Eft enim hæc fententia: Quod diximus, etiam hoc fideicommiffum peti poffe ab heredibus, qui inteftati bona poffident, non eft in eo metuendum, quod dicitur de viribus fideicommiffi. Nam etiam tunc, cum puella non quæfita hereditate deceffit, fideicommiffum valet, quia teftator ab inteftato reftitui voluit.

Non † obftat quod regulariter traditur, ea, quæ in teftamento relinquuntur, fi ex eo non adeatur hereditas, non valere. Nam id tunc locum habet, cum hereditas verbis directis relicta potuit adiri, fupple *ex fubftitutione:* de quo genere hic agitur, ideft, tunc locum habet, cum fubftitutio fuit directa, hoc modo: *fi puella intra duodecimum annum deceflerit, primus & fecundus heredes funto*. Idque hanc rationem habet, quod teftator ex hac fubftitutione vult hereditatem fuam capi ex teftamento, quoniam inftitutio omnis nifi ex teftamento, non valet. Quod fecus eft fi ex teftamento non vult hereditatem ab inteftato capi. Pugnant enim ex teftamento, & ab inteftato, & fi uni cauffæ locus eft, alteri locus effe non poteft. *L. quamdiu poteft, L. illud, D. de acquirend. hered. L. ius noftrum, D. de regul. iur.* Diverfum eft, cum hereditas ex fubftitutione fideicommiffaria ita data eft, ut effet ab inteftato a fuccefforibus poftulanda, aiunt Imperatores: ideft, cum ita data eft, ut præftari deberet ex voluntate defuncti etiam ab heredibus ab inteftato fuccedentibus: quod hic factum eft, ut fupra demonftravimus. Et habet hæc fententia hanc rationem: quod cum teftator voluit hereditatem deberi etiam ab inteftato, hoc ipfo probavit fe velle tunc eam præftari, cum teftamentum non valeret. Nam fi valeret, utique ab inteftato hereditas non deferretur. *L. illud, D. de acquirend. heredit.* 5

Sed hæret † adhuc hic fcrupulus, quem Imperatores attingere non videntur, quod fideicommiffum hoc non poteft deberi ab inteftato, nifi ex codicillis. Sunt enim tantum hæ duæ fpecies fupremarum voluntatum, ut fupra dixi. Iam vero non poteft 6

test tanquam ex codicillis deberi, ubi testator non expressit, ut tanquam codicilli valerent, dicta *L. coheredi, §. cum filiae, D. de vulg. substit.* Verum satis hoc significasse intelligitur testator, cum voluit hereditatem etiam ab intestato restitui; non enim potest restitui ab intestato, nisi ex codicillis. Proinde hoc prius voluisse intelligitur, ut ea scriptura testamenti pro codicillis valeret. Nam quoties aliquid volumus, ea etiam omnia velle intelligimus, sine quibus ad illud prius perveniri non potest, *L. 2. D. de iurisd. d. L. illud, D. de acq. hered.*

Sequitur in rescripto, *Quod rescripsimus*. Hæc verba subiecta sunt vitandæ reprehensionis caussa, quæ ex proximo responso oriri poterat. Est enim hic sensus: Quod proxime diximus, in eum casum, quo puella hereditate non quæsita decessit, ne videatur, inepte dictum in puella, ut nunc proponitur, adoptata; quasi potius videatur dici debuisse, decessisse eam quæsita hereditate, quia si fuit iure adoptata, & mansit in potestate defuncti, etiam defuncto exstiterit sua heres, neque in eo desideret aditionem. *§. sui, Inst. de her. quæ ab intestat. defer. L. in suis, D. de suis & leg. her.* Hoc enim rescripsimus, inquiunt, sequentes asseverationem tuam, qui proposuisti puellam non fuisse iure adoptatam. Quod si verum est, & non adita hereditate puella decessit, consequens est, eam non quæsita hereditate decessisse. Ad hanc consultationem tuam, rescriptum nostrum accommodavimus. Cæterum si puella fuit iure adoptata, & in familia defuncti relicta est, hæc defuncto patri adoptivo heres exstitit, ac propterea quæsita hereditate decessit: quo casu multo magis valebit fideicommissum, sed quod ab heredibus puellæ peti debeat, non a te, qui eius puellæ heres non es.

7 Quod † dicunt Imperatores, puellam hanc heredem factam decessisse, si in familia relicta fuit, sic iure plenius colligitur, quod paulo ante obiter attigi. Si puella iure adoptata est a defuncto, fuit olim in defuncti potestate. Ut enim natura iusti liberi fiunt nuptiis, sic iure civili adoptione: & utroque modo liberi subiiciuntur patris potestati. *L. 1. D. de adoption. Instit. eod. in pr.* utque adoptivi dicuntur esse in patris adoptivi potestate sic dicuntur esse in patris familia, eodem sensu. Nam familia significat omnes personas quæ sunt in alicuius potestate, *L. pronuntiatio, §. 1. D. de verb. sign.* unde dicuntur arrogati transire in ius & familiam patris arrogatoris. *L. penult. §. ult. D. de bon. poss. sec. tab.* Si puella semel potestati patris per adoptionem subiecta, in potestate & familia retenta est, apparet eam in potestate morientis patris fuisse. Retinetur autem in familia si aperte non emancipatur a patre vivo, & in civitate manente. *§. præterea, Inst. quibus modis ius patriæ potestat. solv.* Qui liberi sunt in potestate morientis patris, hi sunt patri sui heredes, sive sint naturales, sive adoptivi. *§. 1. Institut. de her. quæ ab intest.* Porro ius certum est, suos heredes statim heredes defuncto patri exsistere etiam invito, multo magis ignorantes, unde non solum impuberes, sed etiam furiosi statim sui heredes exsistunt. *§. sui, Inst. de her. quæ ab intest.* Recte igitur dicunt Imperatores, puellam hoc casu heredem factam decessisse, quæ ipso iure & statim heres facta est. Quod secundo loco significant, puella ita herede facta fideicommissum deberi, manifestam rationem habet. Nam cum suus heres exsistit, testamentum confirmatur, utpote quod heredem habere cœpit. *L. cum quasi, §. sed etsi quis, D. de fidei. lib.* Confirmato testamento nihil dubii est, quin omnia valeant, quæ testamento relicta sunt. Quod dicunt tertio loco, hoc casu fideicommisso respondere debere heredes puellæ, id est fideicommisso obligari; non Falconem consultorem, hoc quoque certa ratione iuris defenditur. Non enim possunt teneri ad hereditatem restituendam, nisi qui iure hereditatem obtinent. Cum autem puella semel heres exstitit, hereditatem sibi quæsitam ad heredes suos transmittit. *L. 3. supr. de iur. delib.* Quapropter non alii heredes obligari possunt, ut eam hereditatem restituant, quam heredes puellæ, ad quos hæc hereditas redit.

His † cognitis statuatur iam rescripti summa, duabus his sententiis, velut capitibus comprehensa. Una est, cum testator post mortem heredis instituti vult hereditatem suam aliquibus restitui, & ita vult, ut simpliciter dicat se velle eam restitui, idest generaliter & indefinite, non expressa persona heredum, a quibus fideicommissum restitui vellet: his verbis videri eum compendio sermonis rogasse omnes heredes, ad quos ea hereditas perventura est, etiamsi sint heredes legitimi. Altera est, quoties testator fideicommissum præstari voluit, etiam ab intestato ab heredibus legitimis, toties etiam non adita ex testamento hereditate fideicommissum deberi, neque huc pertinere regulam iuris, qua traditur, ea, quæ testamento reli- 8

Digitized by Google

linquuntur, si ex eo non adeatur hereditas non valere. Quorum ratio est exposita.

Sed quoniam prius extra speciem huius loci statuitur superior regula, cuius velut quædam exceptio est, quod hic traditur, locus flagitat, ut in eam ipsam regulam hic inquiramus, videamusque, num extra hunc locum sit perpetua: si non est, quas habeat exceptiones, & quam eum definitione generali iuris consentientes. Idque eo visum est faciendum diligentius, quod si vera sunt ea, quæ excipiunrur ab Accursio, & si recte ad hanc regulam accomodantur, innumeris in caussis hæc regula falsa est. Quod longe aliter se habet, quin ex illis exceptionibus quædam falsæ sunt; bona pars non modo a regula non recedit, sed etiam eam maxime confirmat. Sed & in illis, quæ veræ sunt, tradendis explicandisque, ne iuris ratio secum pugnare videatur, dexteritas quædam est adhibenda, quæ bonis illis veteribus iniuria temporum sæpe deslt, hic maxime. Quare quæ ad rem pertineant, hic præcipue videndum puto.

9 Principio † regula hanc rationem habet quam dixi. Si quid testamento relictum valet, necesse est aut testamento valere, aut codicillis. Non enim pluribus modis supremæ voluntates valent. *L. ult. §. ult. C. de eod.* Hereditate non adita, atque hoc modo testamento irrito facto, ea, quæ testamento relicta sunt, certum est ex testamento, quod nullum esse cœpir, deberi non posse. Atqui non possunt deberi ex codicillis, quia testator testamentum facere voluit, non codicillos. *L. 1. D. de iur. codicill. L. ex ea scriptura, in princ. D. qui testament. facere poss.*

10 Hoc † tamen posterius ita, nisi testator eam scripturam, quam pro testamento instituebat, voluerit etiam pro codicillis valere, idque testamento declaraverit. Tum enim commutata ratione superiore, fit iure communi, ut quæ ea scriptura relicta sunt, valeant tanquam ex codicillis, voluntate testatoris id postulante, quæ iam proprie non exceptio est regulæ, sed interpretatio. Exceptio est, si ad verba referas: interpretatio, si ad sententiam: quoniam sententia regulæ ad hunc casum non pertinet. Traditur autem hæc sententia multis locis. *L. ult. §. 1. supr. de cod.* dicta *L. ex ea scriptura, §. 1. D. qui test. fac. poss. L. coheredi, §. cum filiæ, D. de vulg. subst.* Ergo idem iuris est, ubi testator voluit id quod testamento relinquebatur, etiam ab intestato ab heredibus legitimis præstari, quoniam hoc idem valet, atque si de codicillis expressisset. Neque enim relicta deberi possunt ab intestato, nisi testamento irrito constituto, & id tanquam ex codicillis: expressa est rursum hæc sententia in *L. ex testamento, infr. hoc tit.* significatur in *d. L. ex ea scriptura, in fin.* item & *in hac L. ea quam*.

Solum † hic videndum est, quando testator id, quod testamento reliquit, velit etiam ab intestato præstari. Nam quibus rebus id constabit, in his omnibus dicimus id, quod relictum est, etiam non adita hereditate deberi, nempe ab intestato ex voluntate testatoris. Hæc autem voluntas testatoris intelligitur ex eo, si testator voluerit post mortem heredis instituti hereditatem restitui quibusdam, idque simpliciter dixerit se velle, nulla expressa persona heredum, a quibus restitui vellet. Nam his verbis indefinitis & generalibus intelligitur comprehendisse de omnibus heredibus, ad quos eius hereditas pervenisset: hæc est propria species huius rescripti. Idem de voluntate testatoris colligitur, cum testator testamento obnixe rogavit heredem suum, & per Deum, ut aliquid Titio præstaret: obnixæ voluntatis preces, inquit Papinianus, ad omnem successionis speciem porrectæ videntur. Ideo ex voluntate testatoris heres præstabit, non tantum si hereditatem adierit ex testamento, sed etiam si testamentum imperfectum sit, & adierit ab intestato. *L. cum pater, §. cum filius, D. de leg. 2.* Eadem voluntas testatoris collecta est ex persona eius, cui testamento quid præstari voluit, si hæc duo concurrant, nempe si testator eam personam dilexerit unice, & in legando, eam dilectionem verbis significaverit. Quod placuit in persona eius testatoris, qui testamento alumnæ suæ libertatem dedit, & præterea quædam præstari voluit: in qua specie scriptum est in *L. in testamento, D. de fid. liber.* non solum alumnæ libertatem constitutam esse, sed etiam ea, quæ testamento relicta sunt, præstanda esse, reddita hac ratione, quia filius pius debuerit patris voluntatem sequi in ea, quam pater unice dilexit, & alumnam nominavit. Probatur argumento *L. Antoninus, in fi. D. de fidei. liber.* ubi si testator paganus iusserit servum suum testamento liberum esse, & ei voluerit aliquid amplius præstari: placet hereditate ex testamento non adita, solam libertatem favore libertatis ei servari, fideicommissum autem ex testamento irrito non deberi. Cur hæc tam varie? quia testator neque hunc

hunc servum dilexit, neque si dilexisset, de hac caussa dilectionis quidquam significavit verbis: ut tunc fecit, cum aliquid puellæ legavit, & addidit, *alumnæ meæ*. In quibus omnibus caussis apparet, non novas exceptiones regulæ nasci, sed declarari tantum, quando testator videatur voluisse a se relicta etiam ab intestato præstari. Itaque summa huc redit: iure communi hereditate ex testamento non adita, nihil in eo testamento scriptum valere, nisi testator, ut valeret, voluerit: quod duobus casibus velle intelligitur; uno, si nominatim voluit scripturam testamenti quovis iure valere; altero, si voluit, quod testamento relictum erat, etiam ab intestato præstari: quanquam uterque casus idem efficit. Nam qui vult scripturam etiam iure codicillorum valere, vult eam valere ab intestato, quia sublata caussa testamenti sola caussa intestati relinquitur: & vice versa, qui vult relictum ab intestato præstari, hoc ipso vult præstari ex codicillis, quia ex suprema voluntate nihil possit deberi, nisi aut testamento, aut codicillis, ut ante dixi.

12 Et † hæc iure communi ita sunt: cæterum singulari quodam & proprio iure receptum est, quibusdam in caussis, ut hereditate non adita nihilominus valeant, quæ testamento relicta sunt, etiam præter voluntatem testatoris, qui non voluit aliud facere, quam testamentum. In quibus vere dixerimus consistere superioris regulæ exceptiones. Primum id receptum est in eo herede, qui testamento scriptus ab intestato possidet hereditatem: si modo in fraudem omissa caussa testamenti possideat: quod edicto prætoris effectum est adversus calliditatem heredum. *L. 1. D. si quis om. causs. test.* Deinde generaliter constitutionibus Iustiniani receptum, idest, quoties certis ex caussis rescinditur institutio, ut ea rescissa, hereditas ad alios, quam heredes scriptos pertineat. Rescinditur institutio constitutionibus Iustiniani, præteritis, aut immerito exheredatis liberis, vel parentibus. Rescissa institutione ex caussa præteritionis, vel exheredationis, nihilominus cætera testamento relicta firma manent. *auth. ex caussa sup. de lib. præt. vel exh.* Hæc exceptio continet speciem *L. cum mater, D. de inoff. test* & *L. ult. D. de her. inst.* ubi mater filiam præteriit aliis heredibus institutis, sed ideo, quia falso rumore allato audierat filiam decessisse. Placuit Principibus illius temporis, filiam heredem esse ex tacita voluntate testatricis; sed nihilominus legata debituram hac ratione, quod si mater scivisset filiam vivere, eam instituisset. Iustinianus autem multo plus complexus est constitutione sua. Voluit enim institutione ex caussa præteritionis, vel exheredationis rescissa omnino legata deberi, etiamsi parens consulto filiam præterierit, aut exheredaverit. Proinde hac constitutione multo magis superior species continebitur: ut valde ineptum sit propter eam speciem novam exceptionem fingere. Eadem constitutione continentur legata, quæ petita bonorum possessione contra tabulas ex edicto, præstanda sunt certis personis, nempe parentibus & liberis, de quo in *L. 1. D. de leg. præst.* Ea enim constitutione efficitur, ut petita bonorum possessione contra tabulas ex caussa præteritionis, legata præstentur omnibus, non tantum parentibus & liberis, sed etiam maxime extraneis. Quare ne in his quidem legatis, quæ ex edicto præstanda sunt parentibus & liberis, novam exceptionem introducere oportuit. Rescinditur præterea Institutio, si liberi, vel cognati captivum testatorem non redemerint, aut redimendum curaverint, ita ut ex hac caussa exheredari possint. Hoc amplius etsi sint heredes instituti, placet eos, qui in suprascripta caussa sint, ad hereditatem non admitti; ut necesse sit hereditatem ab his adiri non posse. Et tamen hoc placuit cum hac exceptione, ut legata eo testamento relicta præstentur, *auth si captivi, sup. de Episc. & cleric.* Rescinditur etiam institutio alia constitutione Iustiniani ex hac caussa, si liberi parentem furiosum neglexerint, aut contra. Itaque quanvis ante furorem filius institutus esset a patre; tamen ob hanc caussam heres non erit patri. Sed ita, ut placeat nihilominus cætera firma manere. *auth. liberi furiosi, sup. de epis. aud.* quæ tria ad unam illam exceptionem generalem pertinent, quam secundo loco posui, & iure singulari constituta esse apparet. Postremo, singulari iure receptum est in libertate, quæ testamento perfecto relicta est, ut hæc debeatur, quanvis ex testamento adita non sit hereditas, *L. Antoninus, in fin. D. de fideicom. liber.* Quo exemplo recte defendetur etiam, hereditate ex testamento non adita deberi ea, quæ ad pias caussas relicta sunt, puta in pauperes, aut in institutionem inventutis. Pietatis enim caussa non minus favorabilis est, quam libertatis. Ad superiorem regulam non pertinent eæ caussæ, ex quibus hereditas heredi tanquam indigno aufertur, & fisco vindicatur. Nam in his caussis omnibus heres, quanvis indignus, nihil-

nihilominus heres est, & hereditatem recte adit ex testamento, licet ei tanquam indigno postea auferatur hereditas. *L. ex facto, §. ult, D. de vulg. subst.* Et quanvis heres scriptus non adierit, tamen fiscus in eius locum succedit, & tanquam si heres institutus esset, sic hereditatem potest adire, ut iure privati heredis in eo utatur. *L. fiscus, D. de iur. fisc.* Ita etiam secundum suprascriptam regulam, cum hereditas ab indigno fisco vindicata est, nihilominus legata debebuntur a fisco, quia hereditas adita est. *L. 3. §. cum ex caussa, D. de iur. fisc.* Quocirca male ex superiore regula excipitur species. *L. 3. D. de his, quæ test. del.* ubi si testator nomen heredis induxerit consulto: placet sic institutiones in eo herede non valere, ut nihilominus legata debeantur. Etenim in hac specie hereditas heredi, cuius nomen inductum est, tanquam indigno aufertur, & vindicatur fisco, nempe quia ex testamento prius adita est. *L. cum quidam, D. de his, quæ ut indig. auf.* Nihilo rectius excipitur species, *L. 1. §. sed si legatum, D. si quis aliquem test. probib.* ubi placet, si quis prohibuerit aliquem libere testari, & heres sit institutus, & ab eo relicta legata, hereditatem ei tanquam indigno auferri, & nihilominus legata præstari debere. Eadem ratio est. *L. cum fisco, D. de sen. Syllan.* ubi ideo heredi hereditas tanquam indigno aufertur, & adiicitur fisco, quia non est ultus mortem eius, cui successit. Regula superior concepta est de eo testamento, ex quo non est adita hereditas. In suprascriptis autem caussis hereditas aditur, vel ab herede scripto, vel a fisco: ut appareat, quod diximus, has caussas ad regulam non pertinere. Neque vero nisi ineptissime a regula excipi potest, quod regula non continetur: ut ridiculus sit omnino, si quis dicat, se legare libros suos omnes, exceptis lapidibus, qui sunt in cœnaculo.

13 Expendenda † est lectio, quæ est in principio rescripti. Vulgaris lectio est, *Eam, quam.* Alii legunt, *Ea, quam*, Prior lectio defendi nullo modo potest, neque recto ordine sermonis, neque figurato. Nam si recto sermone, ita legimus; *Nihil prohibet eam fideicommissum petere, quam frater tuus instituerat heredem*; sententia aperte falsa est. Non enim ea puella fideicommissum petit, cui fideicommissum relictum non est, sed fideicommissarii ab ea petunt. Quod si legimus; *Nihil prohibet fideicommissum peti eam, pro ab ea, quam frater tuus heredem instituit:* hic quoque sententia manifeste falsa est, & aliena. Nam proponitur in rescripto puella iam decessisse, a puella autem mortua fideicommissum peti non potest; etiamsi proponeremus eam adhuc viventem rogatam restituere hereditatem fideicommissariis. Deinde repugnat contextus & structura orationis, quo minus ita interpretemur. Sequitur enim continenter, nihil prohibet fideicommissum peti vel a puellæ heredibus. Dicendum igitur prius fuisset, *nihil prohibet fideicommissum peti vel ab ea puella, vel ab eius heredibus*, ut sic oratio cohæreret casibus. Sunt, qui lectionem defendant figura orationis Græca, ut sit, *eam, quam*, pro, *quam eam*, ut in illo loco Virgilii;

Urbem, quam statuo, vestra est.

quod defenditur conversis verbis, ut sit, *quam urbem statuo, vestra est*. Sed in verbis huius rescripti nihil est simile. Recte enim & naturaliter dicimus, *quam urbem*, ubi adiectivum & substantivum naturaliter coniunguntur. At *quam eam*, nullo sensu; nulla ratione sermonis recte dicere possumus, ubi utrumque est adiectivum. Restat igitur, ut legamus, *ea, quam frater tuus*. Estque hæc structura orationis: *Sive ea, quam frater tuus instituit, quæsita, sive non quæsita hereditate decessit, nihil probibet fideicommissum petere substitutos vel ab eius puellæ heredibus, vel ab iis, qui bona intestati tenent, dum testator voluit ei quosdam substitutos, idque verbis precariis, & simpliciter.*

Ad L.

Ad L. Quamvis. 15.

Idem A. Philocrati.[1]

Quamvis simpliciter te ac fratrem tuum aliquis instituerit heredes, eiusque hereditatis commodum pater ex tua fratrisque persona pro portionibus vestris potestatis ratione quaesierit: tamen quia inferioribus verbis testamenti vos sui iuris facere testator curavit, intelligi potest restituendae hereditatis commodo fideicommisso patrem obstrictum esse. PP. VI. Idus Octob. Romae Maximo II. & Glabrione Coss.

S U M M A R I A.

1. *Species huius legis, & quid in ea iuris. & num. 2.*
3. *Quicquid in testamento lege pactove cavetur, vel adiicitur, id semper ita accipiendum est, ne supervacuo, aut inutiliter cautum sit.*
4. *Pater rogatus emancipare liberos, an cogi possit, ut emancipet.*

1 Testator † duos filios Titii in patria potestate constitutos, heredes instituit, & rogavit Titium patrem, ut filios emanciparet: de hereditate autem a Titio filiis restituenda nihil adiecit, & ita filios hos instituit simpliciter, ut in principio huius rescripti dicitur, idest, tantum instituit; non autem hoc amplius eos substituit patri per fideicommissum. Mortuo testatore filii iussu patris Titii hereditatem adierunt; ita hereditas iure patri quaesita est, olim quidem in totum, *L. placet, de acquirend. hered.* nunc autem ex constitutione Iustiniani quoad usumfructum, dixi §. 1. *Instit. per quas personas L. cum oportet, infr. de bon. quae lib.* Proinde pater voluntatem testatoris secutus, ultro liberos emancipavit. Emancipati petunt a patre, ut sibi hereditatem restituat. Obstant liberis duo. Primo, quod hereditas est patris, nempe iure potestatis per filios illi quaesitae. Deinde, quia pater non est illis obligatus, nam non est rogatus quicquam a testatore liberis restituere.

2 Consulti † Imperatores respondent, patrem filiis fideicommisso obstrictum esse commodo restituendae hereditatis: commodo, idest, ad commodum hereditatis, more Latino idest, in hoc, ut restituatur hereditas patri quaesita. Non obstat, quod hereditas patris est vel in solidum, vel quoad usumfructum: non enim liberi petunt eam tanquam suam, sed iure fideicommissi: fideicommisso autem relicta est liberis. Non obstat, quod liberi sint simpliciter instituti, ut in principio dicitur, idest, ita instituti, ut nullum fideicommissum, nulla substitutio fideicommissaria adiecta sit. Nam etsi verbis aperte de fideicommisso cautum & comprehensum non sit; tamen satis comprehensum intelligitur hoc ipso, quod testator curavit liberos emancipari, idest, petiit a praetore, ut emanciparentur.

Sed unde ex his verbis colligitur fideicommissum, cum nihil commune habeat emancipatio cum restitutione hereditatis; nihil enim prohibet, quo minus liberi sint emancipati, & tamen hereditatem non habeant? Sed responsio sumitur ex regula, quae generaliter est tenenda: Quicquid † in testamento lege pactove cavetur, vel 3
adiicitur, id semper ita esse accipiendum ne supervacuo & inutiliter sit cautum, argumento *L. si quando, de legatis* 1. *L. 1. ad Municipal. L. item, §. ult. de servit. rustic. praed. L. 3. in fin. de pact. & similib. locis.* At in specie proposita inutile est liberis caveri a testatore, ut emancipentur a Titio patre, nisi in hoc emancipentur, ut sui iuris facti hereditatem sibi habere possint, ita ut non acquirant patri. Nam sine hac interdum eis emancipatio nocet. Proinde hanc institutionem sic accipiemus, quasi testator voluerit, filios emancipari, & emancipatos sibi obtinere hereditatem: quod quoniam facere non possunt, nisi illis a patre hereditas restituatur, ideo necesse est patrem fideicommisso oneratum fuisse. Valde congruit in

hanc sententiam *L. item*, *D. de servit. rust. pred.* Constat autem etiam a patre, cui per filium est quæsita hereditas, legatum & fideicommissum relinqui posse, ut dictum ad *L. ab eo supr.*

Sed hæc ita sunt, si pater ultro liberos emancipaverit, ut proposuimus: quod si non emancipet, frustra liberi adversus eum agent de eo, quod patri semper acquiretur, *L. lis nulla, de iudic.* Ideo †
4 quæritur, an pater cogi possit emancipare, de quo dissentanea scripta videntur. Nam in *L. filiusfamilias*, *§. ut quis*, *D. de legat.* 1. nominatim est scriptum, patrem rogatum emancipare filios, non cogi, ut emancipet, quia potestas patria inæstimabilis res est. Contra in *L. si cui legatum*, *D. de cond. & demonstr. in pr. & extrem. legis*, scriptum est patrem liberos emancipare debere; idque in specie hac constitutum esse. Sic hi loci conciliandi sunt; Pater, qui ex testamento aliquid consequitur, & rogatur filios emancipare iure fideicommissi, non tenetur, ut filios emancipet, id quod scribitur in dicta *L. si cui legatum*, *in princ.* In hanc sententiam scriptus est *§. ut quis d. L. filiusfamil. de legat.* 1. Illic autem quæritur, an quod testator cavit in caussis illis propositis, tanquam fideicommissum peti possit: sed quod a patre tanquam fideicommissum recta peti non potest, id obliqua via ab eo peti potest & obtineri.

Obtinebitur autem his rationibus: Nam si patri quid legatum, aut fideicommissum est, non cogetur heres præstare fideicommissum, priusquam pater filios emancipavit, quasi relictum sit sub conditione, si filios emancipaverit. Sed etsi heres ultro fideicommissum præstitit, poterit a patre repetere, nisi ille filios emancipet tanquam relictum sub modo, ut emanciparet liberos: quo modo non secuto, id, quod datum est, repetitur. Hæc Ulpianus significat in dicta *L. si cui legatum*, vers. *arbitror autem.* Sed & liberi ipsi cum patre agere possunt, ut emancipentur, sed hac lege, si præter emancipationem pater rogatus sit, ut filiis quid restitueret. Nam propter hoc fideicommissum filiis relictum, quod utiliter relictum est, fit per consequens, ut petere possint, ut emancipentur; quoniam sine emancipatione inutilis esset restitutio. Hæc autem erit condemnatio adversus patrem, ut nisi emancipet liberos, & emancipatis restituat hereditatem, sciat se in posterum eius fideicommissi usuras & fructus restituturum: ex qua sententia consequentur liberi, ut quandocunque mortuo patre integrum fideicommissum consequantur. Id autem declaratur in dicta *L. si cui legatum*, *in fin.*

Ad L.

Ad L. Cum virum. 16.

Carus, Carinus & Numeria. AAA. Isidoræ.

Cum virum prudentissimum Papinianum respondisse non ignoremus, etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, idest, ubi heres rogatus fuerit, quidquid ex hereditate ad eum pervenerit, post mortem restituere: animadvertimus etiam præceptionis compendium testatoris verbis comprehensum esse. Sane quoniam in fideicommissis voluntas magis, quam verba plerumque intuenda est: si quas pro rei veritate præterea probationes habes ad commendandam hanc patris voluntatem, quam fuisse adseveras, apud præsidem provinciæ experiri non vetaris. PP. Pridie Idus Novembr. Caro & Carino, AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Heres, cui prælegatum aliquid fuerat, rogatus a testatore restituere quidquid ex hereditate ad ipsum pervenerit; quæritur, an hereditatis verbo etiam prælegatum contineatur, & quatenus, num* 3. & 4.
2. *Item, an eodem verbo donationes mortis caussa factæ veniant:*

CUm duo sunt heredes instituti, & uni ex heredibus aliquid prælegatum est, idest, unus iussus est ex ea hereditate aliquid præcipere: si is rogetur a testatore, ut restituat alteri, quicquid ex hereditate ad ipsum pervenerit, constat his verbis contineri portionem hereditariam eius heredis, qui rogatus est restituere. Quæsitum
1 est, † an iisdem verbis etiam prælegata, ei relicta contineantur, ut omnia restituere debeat iste heres? Finge hoc modo: Primus & Secundus heredes instituti sunt ex æquis partibus. Fundus Tusculanus, qui testatoris erat, Primo legatus est: deinde is Primus rogatus est, post mortem suam restituere Secundo coheredi suo, quicquid ad ipsum ex hereditate pervenisset. Mortuo Primo, Secundus fideicommissum petit ab heredibus Primi: hi restituere portionem hereditatis, quæ iure hereditario ad Primum pervenit, sed retinere volunt fundum Tusculanum illi prælegatum, quod non contineatur verbis fideicommissi. Movet dubitationem, quia verbo *hereditatis* videntur ea tantum contineri, quæ ad Primum iure hereditario pervenerunt. Hic autem fundus ad eum pervenit iure legati. Placuit Papiniano, superioribus verbis etiam prælegata contineri, cuius sententiam hoc rescripto confirmant Imperatores, & secundum illam ius dici volunt, tanquam ea sententia pro iure certo obtineretur, ut etiam factum legimus in *L. eum responso, supr. de legat.* Id autem recte statuitur: est enim ex significatione verborum, a qua non est recedendum, nisi manifestum sit aliud testatorem sensisse, *L. non aliter, de legat.* 3. Nam fundus prælegatus est etiam ex hereditate defuncti morientis. Nihil ad rem pertinet, quod iure hereditario non capitur: nam non sunt relicta ea quæ iure hereditario capiuntur, sed quæ ex hereditate pervenerunt. Pervenit autem quidquam ex hereditate, quod est in hereditate, quocunque tandem titulo capiatur. Qua ratione † recte placuit superioribus verbis do- 2
nationes caussa mortis non contineri, veluti si proponas testatorem, dum viveret, quædam mortis caussa donasse: dicemus, si rogatus sit a testatore restituere post mortem suam, quod ad eum ex hereditate perveniret, non contineri fideicommisso ea, quæ mortis caussa illi donata erant, *L. sequens, de legat.* 2. Nempe ex eadem significatione verborum: Nam id ex hereditate est, quod est ex bonis, quæ quis moriens habuit, ut est definitio hereditatis in *L. nihil aliud, de verbor. signific. L. hereditas, de reg. iur.* Quod autem mortis caussa donatum est, proprie non est in bonis morientis. Nam iam testator vivus viventi, præsens præsenti donaverat, *L. inter, de mort. caus. don.* Et hoc

hoc est, quod dicitur in *d. L. sequens*, ideo superioribus verbis donationes mortis caussa non comprehendi; quia non pertineant ad caussam bonorum, seu hereditatem morientis. Non obstat, quod dicitur, donationes caussa mortis per omnia legatis comparari, & quod in legatis iuris est, idem iuris esse in donationibus caussa mortis, *L. illud, D. de mort. caus. don.* Nam hactenus id verum est, nisi testator aliud senserit. Aliud autem sensisse eum apparet, cum usus est his verbis: *Rogo te, ut restituas, quicquid ex hereditate ad te pervenerit:* nam, ut dixi, quod antea mortis caussa donatum est, non est ex hereditate, voluit igitur testator his verbis id contineri, quod ante donatum est. Quod † tamen dicitur hic his
5 verbis *quicquid ex hereditate ad te pervenerit*, contineri etiam prælegata, adiicitur in extremo rescripti, ita accipiendum esse, nisi & hic testator aliud senserit. Proinde si heredes Primi, qui rogatus est, parati sint dicere, testatorem noluisse restitui prælegata, audiendi sunt. Sed tamen hoc testatorem sensisse probare debent. Finge testatorem, vel codicillis, vel epistola, vel apud alios testes voluntatem suam declarasse.

Sed obstant huic sententiæ verborum Imperatorum verba fideicommissi, quia superioribus verbis prælegata manifeste continentur. Respondetur, Imperatorum verbis quidem prælegata contineri, sed in fideicommisso magis voluntatem quam verba servanda esse. Optime: nam in testamentis totum voluntas testatoris facit, ut est in *L. ex facto, §. rerum, D. de hered. inst.* idque si in aliis partibus testamenti valet, præcipue observatur in fideicommisso. *L. pen. de legat.* 1. *L. cum proponebatur, de legat.* 2. Idque ius perpetuum est, ubi constat voluntatem a verbis discrepare: sumptum est ex lege 12. tabularum, uti quisque legassit. *L. verbis legis, de verb. sig.* Id si ita est, ut in hac sententia exprimenda voluntas magis, quam verba servanda sunt: cur addiderunt Imperatores, *plerunque*. Respondeo; Recte id additum esse, quia interdum æque verba, ut voluntas, servanda sunt, quod tum contingit, cum verba congruunt cum voluntate. At ubi discrepabunt, quod plerunque accidit, semper servabimus definitionem huius rescripti.

Hactenus sententia huius rescripti: cui tamen in eo, quod de prælegatis dicitur, hæc contineri superiori fideicommisso, contrarium videri potest, quod scribitur in *L. in fideicommissaria, §. ult. ad Treb.* ubi unus ex heredibus, cui quædam prælegata erant, rogatus est restituere portionem hereditatis suæ, & placet id, quod legati iure a coherede accipitur, in fideicommissi restitutionem non venire. Propter † eum locum monendi sumus, cum 4
unus ex heredibus cui aliquid prælegatum est, rogatur restituere portionem suam, quam accepit, multum referre, quibus testator verbis in eo sit usus. Est enim in eo fere hæc varietas; interdum restituere iubetur heres quicquid ad eum pervenit ex hereditate, interdum portionem suam, alias hereditatis portionem. His verbis; *quod ad te pervenit ex hereditate*, aperte continentur omnia quæ sunt ex hereditate, quæ ad heredem pervenerunt; proinde & res ei prælegatæ; nam & hæ ex hereditate sunt. Eadem significatio est, & ius verborum, cum testator ita scribit: *portionem tuam restituas*, nam portio intelligitur non tantum hereditatis: sed etiam rerum legatarum, *L.* 3. *§. quidam, D. ad Trebel.* Longe alia significatio est horum verborum *restituas portionem hereditatis*. Nam portio hereditatis non habetur ab herede, nisi hereditario iure: legata iure hereditario non capiuntur. Ita manifestum est verbis huius fideicommissi, legata & fideicommissa ei prælegata non contineri in restitutione, *L. si Titius, D. de legat.* 3.

Hinc si in specie proposita hic fundus Primo heredi prælegatus sit, & iussus sit post mortem suam restituere portionem hereditatis: placet eius heredes retinere posse partem fundi, quam a coherede Primus accepit iure legati, alteram autem partem fundi venire in restitutionem reliquæ hereditatis, quoniam hæc pars capta est a Primo non iure legati, sed iure proprio hereditatis, hoc in *d. L. in fideicom. §. ult. ad Trebel.* Interdum tamen in hoc genere fideicommissi, placet eam quidem partem prælegati fundi venire in restitutionem, quæ pars iure hereditario capitur, ut in specie *L. Titia, ad L. Falcid.* Quod tunc contingit, cum heres Primo rogatur restituere portionem hereditatis, deinde fundus ei prælegatur. Nam hoc casu visum est testatorem fundum postea prælegatum ex restitutione fideicommissi exemisse.

Ad L.

Ad L. Si creditoris, 17.

Impp. Dioclet. & Maxim. AA. Fortunato,

Si creditoris voluntas iure subnixa liberari te debito volentis doceri potest: etiam antequam solemniter tibi liberatio a successore praestetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti descendentem competere, manifestum est. PP. XII. Kal. Maii, Maximo II. & Aquilino Coss.

S U M M A R I A.

1. *Res incorporales recte legantur.*
2. *Liberatione legata, quis sit huius legati effectus.*
3. *Debitor quam habeat exceptionem adversus heredem liberare nolentem.*

1 RES † etiam incorporales recte legari constat, §. *tam autem, de legat.* Hic placuit, si testator, idemque creditor debitori suo liberationem leget, seu quod idem est, damnet heredem, ut liberet debitorem, utile legatum esse placuit, tanquam te incorporali legata, nempe liberatione, §. *si quis debitori, Instit. de legat.* Liberatione legata, de effectu legati quaesitum est, de quo hic comprehen-
2 sum. Hoc † effectu duo continentur, I. ut heres liberet debitorem eo modo, quo iure liberari potest sine solutione. Id autem fit per acceptilationem, §. *item per acceptilationem, Instit. quib. mod. toll. obligat.* Id autem ut praestet heres, consequitur debitor actione in personam ex testamento. II. Sed etsi heres debitorem non liberarit, tamen hoc legato continetur, ne heres a debitore petat, in eamque rem est debitori adversus heredem petentem exceptio. Sed sententia est comprehensa in *d. §. si quis debitori*, & plenius exposita *L. non solum nostr. D. de liber. leg.*

De priori effectu non dubitatur, nam aperte verbis legati continetur; de posteriore dubitatur, nam secundum verba nihil amplius continetur legato, quam ut heres debitorem liberet ipso iure: secundum quod efficitur, ut priusquam liberatio sit secuta, nihil contineatur legato, ac proinde debitor ut ante, obligatus maneat. Respondeo; ex sententia verborum intelligitur posterior hic effectus. Nam si debitorem ipso iure liberari voluit, etiam debitum ab eo peti noluit. Haec exceptio est
3 secundum volutatem defuncti. Sed † quae haec exceptio est, nam ex voluntate, seu remissione creditoris solum legimus exceptionem dari pacti conventi, *sub tit. de except. Inst.* Voluntas autem suprema non est pactum conventum, *L. hac verba, D. de verb. sig.* Respondeo: exceptio haec est exceptio voluntatis supremae, & ad reliquas exceptiones in *Instit.* comprehensas adiungi debet. Nam ex pacto convento creditoris debitum remittentis nascitur debiti exceptio, quae dicitur pacti conventi. Idque ob id, quia praetor pacta conventa tuetur, *L. iurisgentium, §. sed cum nulla, §. ait praetor, D. de pact. L. 5. sup. de pact.* Ita verum est, ex voluntate testatoris remittentis debitum nasci debitori exceptionem, quia lex 12. tabularum itidem supremam voluntatem tuetur, *L. verbis leg. D. de verb. sig.* Ut igitur prior dicitur pacti conventi, quia ex pacto est: sic posterior recte dicitur supremae voluntatis exceptio, quia ex hac voluntate nascitur.

Sed cur ante liberationem praestitam ab herede non liberatur debitor etiam ipso iure remissione testatoris, cum lex duodecim tabularum supremas voluntates omnino tales esse iubeat *d. L. verbis legis.* Respondeo, quia contra ius est id fieri: sic enim ius comparatum est, ut quibus modis quaeque obligatio contracta est, iisdem modis dissolvatur in contrarium actis. *L. nihil tam naturale, L. seq. D. de reg. iur.* Porro debitor testatori obligatus est, aut consensu, aut stipulatione, aut re, aut maleficio, non autem suprema voluntate; proinde contrariis modis liberetur necesse est, siquidem iure liberatum volumus.

Sed adversus hanc subtilitatem iuris, placuit debitorem defendi exceptione opposita vel pacti vel supremae voluntatis, vel generali doli mali. Sed cum secundum

dum regulam iuris nihil interfit, utrum quis ipso iure non debeat, an per exceptionem liberetur, *L. nihil interest, de reg. iur.* cur hic & similibus locis, dubitatur, utrum debitor liberetur ipso iure, an per exceptionem. Respondeo quia ad vim & effectum liberationis debitoris attinet; inter illa duo nihil interest, sed aliis in rebus differentia est, de quibus dictum ad *d. L. 5. sup. de pact.*

Ad L. Cum necessitatem. 18.

Iidem AA. Apolausto.

Cum necessitatem reddendæ rationis defunctus remittendam tibi esse petierit: manifesti iuris est, voluntatem defuncti immutatam esse debere, PP. Idib. Mart. ipsis IV. & III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Tutor, curator, negotiorum alienorum gestor, finita administratione, rationes administrationis reddere coguntur.*
2. *Remissa necessitate rationum reddendarum, rationes reddere non debent. Limitatur num. 3.*
4. *Remittens in futurum administratori necessitatem reddendæ rationis, si etiam de dolo remittendo sentiat, nihil agit.*

1 Tutor, † curator, negotiorum alienorum gestor, finita administratione rationes administrationis reddere debent: in quo eo nomine tenentur, si quid non, ut oportet, gesserint, aut aliquid ex his negotiis retinuerint. In omnibus ut præstent & dolum suum & culpam, *L. 1. in pr. de tut. & rat. distrah. L. 2. de neg. gest.* Uti cæteri creditores debitoribus suis debitum remittere possunt ex quavis alia caussa, de qua proximo rescripto est dictum; sic possunt testatores necessitatem remittere rationum reddendarum his, qui negotia ad-
2 ministrarunt: quo † facto hi, quibus necessitas hæc est remissa immutata defuncti voluntate, rationes reddere non coguntur. In eamque rem est constituta administratoribus adversus eos, qui rationes exigunt, exceptio, de qua superiori rescripto dictum est. Hæc sententia non tantum pertinet ad præteritam administrationem, sed etiam ad futuram: ubi is, cuius tutela gesta erat, testamento facto vetuit a tutoribus rationem tutelæ præteritæ exigi: remissio citra controversiam valet, quatenus tutor culpa quid peccavit. *L. Aurelio, §. ult. de liber. leg.* Idem est dicendum, & si pater testamento filiis tutorem dedit, & iussit ἀνυπεύθυνον esse, *L. 5. §. quidam de admin. tut.* Quod posterius exemplum ad futuram tutelam refertur.

Sed † monendi sumus in omni hac re- 3
missione rationum reddendarum, semper dolum administratoris exceptum videri, ut comprehensum est duobus locis proxime iam citatis, & certe si de præterita administratione agitur, & testator remittit generaliter necessitatem reddendi rationem, de dolo tutoris sensisse non videtur, arg. *L. tres fratres, D. de pact. L. qui cum tutoribus, §. 1. 2. D. de transact.* Qui † autem in futurum admi- 4
nistratori remittit necessitatem reddendæ rationis, etiam si de dolo remittendo sentiret; tamen remissio nihil aget: quoniam eiusmodi remissio est turpis, quæ invitat tutorem ad delinquendum. *L. iurisgentium, §. pactorum, D. de pact.* Præteritus tamen dolus nominatim remitti potest, ut pactione, sic testamento. *d. L. iurisgentium. §. si paciscar, D. de pact. L. 4. in fin. sup. de transact.*

Ad L.

Ad L. Clari 19.

Iidem AA. Ampliato.

Clari & aperti iuris est, in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores. PP. Id. Septembr. ipsis AA. IIII. & III. Coss.

SUMMARIA.

1. *Regula*, Novissimam scripturam valere, *& in fideicommissis, & in legatis, & in omnibus relictis testamento locum habet, exceptis libertatibus: & cur, num. 2.*
3. *Limitatio huius regulæ, & ratio limitationis.*
4. *In libertatibus si diversæ sint scripturæ, servatur ea, quæ libertati commodior est.*

1 NON † in fideicommissis tantum, de quibus hic, sed in legatis & omnibus relictis testamento, exceptis libertatibus, hæc regula servatur, novissimam scripturam valere. Imo utraque, dixerit aliquis, & prior & novissima. Nam si testator in prima parte testamenti Titio quid legavit; in postremo eidem, vel alicui aliud quid legavit: constat hic testamento valere legata, idque lege 12. tabularum efficitur, uti quisque legasset. *L. verbis legis, D. de verb. sig.* Respondeo hoc ita est, ubi res diversæ legatæ sunt, & diversæ sunt voluntates, non contrariæ. Regula autem superior in contrariis scripturis locum habet, sed ideo id expressum non est superiori regula, quia satis ex aliis verbis intelligitur. Regula enim per comparationem concepta est, quæ comparatio solum pertinet ad res contrarias, quarum plus una valere non potest. Et ideo per comparationem quæritur utra potius, vel quæ potissimum ex pluribus valeat? Et respondetur novissimam valere. Sed cur non æque prior scriptura valet, nam novissima scriptura non alia ratione servatur, quam quod testator voluit fieri, quod illic scriptum est, propter supra scriptam legem 12. tabularum. Ergo hac ipsa ratione priorem scripturam valere dixeris, quia in hac quoque scriptura voluit quid
2 fieri testator. Respondeo, ideo † novissima scriptura potius valet, quia hæc sola voluntas est testatoris. Prior autem scriptura voluntatem testatoris non continet. Nam testator priori contrarium scribendo a priori voluntate recessisse intelligitur, veluti si ita scripserit: *Titio fundum Tusculanum do, lego*, deinde posteriore: *quod Titio dedi, non do, lego*. Hic apparet posteriori scriptura a priori voluntate recessum esse. Idemque conversa scriptura dicendum est. Sed † regula in dubia voluntate testatoris locum habet. Cæterum si testator aperte scripserit, quid de prima, aut novissima scriptura fieri vellet, id sequemur, propter voluntatem, quam solum lex tuetur. Et ideo si testator in priore voluntate dixerit, se nolle valere, quod postea scribat, prior voluntas valebit, non posterior. Veluti si ita scripserit, *quod Titio infra legavero, neque do, neque lego*, deinde, *Titio fundum Tusculanum do, lego*, Dicimus legatum non valere sed priorem scripturam servari lege 12. tabularum, *L. si ita 14. de legat. 1.* Hoc ideo, quia testator expressit, quid de prima & novissima scriptura sentiret, & primam solam valere voluit. Et ob hanc caussam etiam dicimus, quanvis testator priore scriptura derogavit posteriori, tamen ex voluntate eius posteriorem scripturam valere; si videlicet posteriori scriptura declaraverit, se prioris penituisse: Veluti si ita scripserit, *quod Titio infra do, lego, id dari ei nolo*, deinde, *Titio fundum Tusculanum do, lego, repudiata priori mea voluntate, qua dixi me illi dari nolle*. L. si quis, *in pr. 22. de legat. 2.* Quod rursum apparet responderi, propter manifestam voluntatem testatoris. In † libertatibus obtinuit, ut si de libertate sint contrariæ scripturæ, ea servetur, quæ libertati commodior est, seu prima, seu media, seu novissima sit, *L. quod traditum, & L. seq. de cond. & demonst.* Favor libertatis in caussa est, quia aliud hic placuit, quam in cæteris scripturis testamenti. *Ad L.* 3 4

Ad L. Etiam. 20.

Iidem AA. Iuliano.

Etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipsis relicta fideicommissa debentur. PP. III. Non. Decemb. ipsis IV. & III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Quicquid a tutoribus pupillorum legatur, aut fideicommittitur, ab ipsis pupillis legatum, aut fideicommissum videtur, & cur.*
2. *Tria huius regulae consectaria.*

1 Regula † iuris est, cum pupilli testamento heredes instituti sunt, & tutores pupillis dati, si quid a tutoribus legatur aut fideicommittitur: ab ipsis pupillis legatum & fideicommissum videri. Regula hic est tradita, item in *L. 5. sup. de reb. cred. L. peto, §. mater, D. de legat.* 2. Regula hanc rationem habet, quia tutores pupillorum personam sustinent, unde pro pupillis esse dicuntur, domini autem sunt pupilli *L. tutorem qui*
2 *tutelam, D. de administr. tut.* Ex † hac regula tria sunt consequentia, in quibus cernitur vis & usus huius regulae. I. est, quanvis tutoribus testamento nihil sit relictum, tamen legata, aut fideicommissa ab his deberi, quod sine superiori regula non fieret. Nam cui testamento nihil datum est, ab eo nihil relinqui potest, ut alia regula iuris efficitur, *L. Labeo, sup.* Sed regula superior facit, ut hanc obiectionem metuere non debeamus. Nam a tutoribus relicta, videntur a pupillis esse relicta. Hi autem heredes sunt instituti, ut proinde ab his quoque legata, & fideicommissa potuerint relinqui. II. Consequens est, legata a tutoribus relicta, uti valent, sic deberi, non a tutoribus, sed a pupillis, a quibus ea relicta videri dicimus. Id expressum est hic. III. consequens est, si a tutoribus, quibus nihil datum est, testamento aliquid relictum sit pupillis, fideicommissum non valere, *d. L. peto, §. mater. in fin. de legat.* 2. Idque hac ratione, quia quod a tutoribus relictum est, a pupillis ipsis relictum videtur. Hi autem sunt heredes, porro heredi a seipso relinqui non potest, *L. legatum, §. 1. de legat. 1.*

Digitized by Google

Ad L. Si in personam 21.

Iidem AA. & CC. Tiberio.

Si in personam patris tui, cui te successisse proponis, fideicommissi dies utiliter cessit: licet tempore, quo fuerat datum, necdum te natum fuisse probetur: uxorem patrui tui, quem contendis rogatum fuisse patri tuo, si sine liberis decesserit, ab avo tuo relicta restituere: si ei successerit, de fideicommisso convenire debes. Nam si patrui etiam hereditas tibi quaesita est: non de fideicommisso quaerendum, sed hereditas ab ea vindicanda est. Dat. VI. Id. Feb. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Species huius legis.*
2. *Quorum legatorum, vel fideicommissorum dies cessit, vivo fideicommissario, ea legata fideicommissarius ad quoscunque suos heredes transmittit.*
3. *Relictum, quod his relinquitur, qui in rerum natura non sunt, non valet.*
4. *Fideicommissi conditionalis dies quando cedat, eius idemque persecutio ad quos transmittatur, & quomodo extinguatur.*

1 Pater † duos filios suos Primum & Secundum heredes instituit. A primo petiit, ut si sine liberis decederet, portionem hereditatis restitueret fratri suo superstiti: Primus decessit sine liberis, uxore sua herede instituta; ita fideicommissi superioris exstitit conditio, ac proinde fideicommissi dies cessit. Nam legati & fideicommissi conditionalis dies cedit mortuo testatore, cum conditio exstitit. *L. un. §. sin autem, infr. de cad. toll. 5. quando dies L. ced.* Secundus frater priusquam fideicommissum peteret, decessit relicto filio, eodemque nepote avi testatoris. Cum uxor patrui eius, nempe Primi, hereditatem mariti sui possideret: nepos hic fi-
2 deicommissum ab ea petit. Hic † sciendum est ita ius esse, ut quando legatorum, vel fideicommissorum dies cessit, vivo fideicommissario, ea legata fideicommissarius transmittat ad quoscunque suos heredes, dicta *L. 5. D. quando dies leg.* Omnium autem legatorum, quae pure, aut in diem sunt relicta, dies statim cedit mortuo testatore; conditionalium autem legatorum dies cedit, postquam extitit conditio, dicta *L. 5.* Secundum haec constat, huic nepoti fideicommissum eius patri relictum deberi, si patri heres exstitit, ut hic contigit. Proinde si uxor patrui, a quo patruo fideicommissum relictum erat, heres marito suo exstiterit: constat etiam fideicommissum ab ea peti posse. Hoc iure fretus nepos fideicommissum ab ea petit.

Sed obiicitur nepoti, quod non fuerit natus tunc, cum avus fideicommissum relinquebat, & ideo mulier contendebat non deberi ei fideicommissum. Haec obiectio habet aliquem colorem probabilitatis. Nam certum † ius est, quod his relinquitur, 3
qui in rerum natura non sunt, relictum non valere *L. un. §. in primo, infr. de cad. toll.* Respondetur hoc rescripto, quanvis nepos tempore testamenti avi natus non sit; tamen eum fideicommissum patri eius relictum, cuius fideicommissi dies patre vivo cesserit, recte petere. Obiectio ad rem nihil pertinet: nam fideicommissum huic nepoti relictum non fuit, sed patri eius, qui tum vixit, cum relinquebatur fideicommissum. Sed ita nepos fideicommissum ab uxore patrui petere potest, si illa marito heres exstitit. Quod si illa repudiante hereditatem, hereditas ad nepotem pertinet iure agnationis; de fideicommisso adversus eam agi non potest, sed hereditas ab ea est vindicanda, si possidet, ut in extremo hic.

Sed cur hoc casu de fideicommisso agi non potest? Respondeo, non quod fideicommissum patri relictum non transferatur ad heredes eius quosvis, sed quia nepote patruo succedente, fideicommissi obli-

gatio exstinguitur. Nam patruus debitor erat huius fideicommissi; nepos creditor is, cui debebatur fideicommissum ex persona patris. Quoties debitor creditori succedit, confusione exstinguitur obligatio *L. debitori, sup. de pact.* Ita solum hoc relinquitur nepoti, ut si uxor defuncti patrui eius hereditatem mariti possidet, solum possit hereditatem ab ea vindicare, quod facere secundum regulas iuris potest: nam petitio hereditatis datur heredibus adversus eos, qui hereditatem pro herede, prove possessore possident, *L. regulariter, de pet. her.* In summa quod ad fideicommissum pertinet. Rescriptum huc redit: Fideicommissi † conditionalis, sive 4 sit singulare, sive universale fideicommissum, diem cedere, cum conditio extitit, & testator mortuus est. Si hic dies cessit vivo fideicommissario, fideicommissi persecutionem ad omnes eius heredes transmitti, quamvis eo tempore nati non fuerint, quo fideicommissum est relictum. Hanc persecutionem extingui, si is, cui fideicommissum debebatur, successerit ei, qui debebat: quæ supra satis confirmata sunt certis locis.

Ad L. Et in Epistola. 22.

Iidem AA. & CC. Plautiano.

Et in epistola, vel libello, vel sine scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus nulla dubitatio est. Dat. Id. April. Bizantii AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Fideicommissum etiam extra testamentum quavis scriptura, sive epistola, sive libello, recte relinquitur.*
2. *Epistola quid hic dicatur.*
3. *Libellus quomodo hic accipiatur.*
4. *Fideicommissum etiam sine scriptura quovis modo recte relinquitur.*
5. *Voluntas fideicommittentis quomodo nutu significetur.*
6. *Heredes codicillis neque scribi, neque nuncupari, neque nutu institui possunt.*

1 Fideicommissum † etiam extra testamentum quavis scriptura recte relinquitur, sive sit epistola, sive libellus, ut hic.
2 Epistola † hic dicitur scriptura supremam voluntatem testatoris continens, cuius verba diriguntur ad eum, cui fideicommissum datur: quibus testator in morem epistolæ significat fideicommissario absenti, quid illi datum voluerit, hoc modo, *Semproni scito te mihi charum esse, propter merita tua, me tibi fundum Tusculanum dedisse, ut scires me ingratum non fuisse*, cuiusmodi exemplum legitur in *L. miles, de*
3 *legat.* 2. Libellus † dicitur quævis scriptura nudam defuncti voluntatem continens, ut sit libellus idem, quod codicilli, quod intelligi potest ex *L. 4. supr. de his, quib. ut indig.* ubi pro his verbis, *epistola, vel libello*, scriptum est, *epistola, vel codicillis*. Et certe nos omnes scimus librum & codicem, idem valere Latinis: ut consequens sit, idem valere codicillos
4 & libellum, diminutive. Sed † & sine scriptura fideicommissum quovis modo recte relinquitur. Sic autem aliquid sine scriptura significari potest, vel ut exprimatur lingua vel ut nutu significetur. Placet autem fideicommissum non tantum lingua, sed etiam nutu relinqui posse. *L. nutu, de legat.* 3.

Sed † quomodo nutu voluntas fideicommissi significari potest, ubi defunctus nihil dicit? Respondeo, id fit hoc modo, cum alio loquente & interrogante, an testator velit L. Titio centum aureos dari, vel testator nutu declaret se velle. Nutus autem ad præcedentia verba interrogationis relatus certum fideicommissum, & certam voluntatem efficit. *L. servo, si pupillus, ad Trebellian.* Hæc olim in legatis utiliter observabantur, unde hic de fideicommisso est concepta definitio: sed sublata differentia legatorum & fideicommissorum, idem ius & in legatis esse intelligemus, de quo initio hic dictum est. In heredum institutionibus contra observatur. Heredes † 6 codi-

codicillis neque scribi, neque nuncupari possunt. §. *penult. Instit. de codicill.* Ubi autem testamento nuncupativo heredes instituuntur, non possunt institui nutu, sed palam exprimi oportet a testatore: nam ita ius est, ut heredes aut scribantur, aut nuncupentur. *L. 1. §. 1. de hered. instit.* Scribuntur iusto testamento. Nuncupare autem heredes est, palam nuncupare, ita ut omnes vocem nuncupantis testatoris exaudiant, *L. palam, D. qui test. fac. poss.* Ita hac definitione nutus eius in heredibus instituendis excluditur. Quod tamen hic dicitur, superioribus modis omnibus fideicommissum relinqui posse: cum hac exceptione semper est intelligendum, dummodo testes & idonei & quantum satis, intervenerint, ut hic sequitur. De quo apertius est cautum in *L. unica, §. ult. supr. de cad. toll.*

Ad L. Si veritas. 23.

Iidem AA. & CC. Stratonico.

Si veritas vel solemnitas iuris deest, nec amplexus parentis voluntatem relicta dedisti, vel transactionis caussa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est: ad solutionem urgere non potes. Datum V. Kalen. Februar. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Veritas & solemnitas testamento quando deesse dicatur.*
2. *Ex falso aut imperfecto testamento nihil debetur. Limitatur* ibid.
3. *Heres voluntatem testatoris quomodo agnoscere intelligatur.*
4. *Heres an solo pacto, quo se fideicommissum praestiturum pollicetur, fideicommissum agnoscere & pacto obligari videatur.*

1 Veritas † testamento deest, cum scriptura aliqua dicitur esse testamentum Lucii Titii defuncti, & hoc falsum est. Solemnitas testamento deest, cum aliquid ex his deest observationibus, quae in testamentis faciendis desiderantur, quod testamentum uno verbo dicitur imperfectum. *L. hac consultissima in pr. §. ex*
2 *imperfecto, supr. de testam.* Ex † falso testamento nihil deberi potest, quoniam ne testamentum quidem est; sed nec heres defuncti L. Titii ea, quae in testamento scripta sunt, agnoscentibus obligatur, ut ea praestet, quoniam ut quis voluntatem defuncti dicatur agnoscere, prius est, ut sit voluntas defuncti. Iam autem dictum falsum testamentum esse: ex imperfecto autem testamento nihil deberi potest *L. 3. d. L. hac consult. d §.* Sed hoc ita est, nisi heres voluntatem defuncti ea scriptura testatam agnoverit, agnoscendo obligatur, ut praestet in posterum, quod ea voluntate continetur, *L. non dubium, in fin. supr. de testam.* de quo dictum *ad L. 1. 2. supr.* Agnoscere † au-
3 tem voluntatem intelligitur heres ultro fidem praestando, *L. 2. supr.* Agnoscere in futurum intelligitur, ut obligetur in legatis annuis, si legatum praestet, non minus quadriennio *L. 1. supr.* In caeteris & generaliter in omnibus voluntatem agnoscere intelligitur, promittendo se praestiturum, quod reliquit testator, ut hic scriptum est.

Sed adiicitur hoc loco de promissione, qua quis stipulanti fideiussori promittit. Unde oportune quaeritur, † an solo pacto 4
quo heres pollicetur se fideicommissum praestiturum, videatur fideicommissum agnoscere, & pacto obligetur? Movent dubitationem contrarii loci. Nam hoc rescriptum videtur stipulationem exigere. *Lex ult. infr. ad L. Falc.* exigit cautionem, cautionis verbo significatur stipulatio. *L. sancimus, supr. de verb. sig.* Item ex pacto nudo non nascitur actio, *L. iurisgentium, §. sed cum nulla, de pact.* Rursum in *d. L. non dubium, supr. de testam.* simpliciter scriptum est, si heres legatum, aut fideicommissum agnoverit, necessitatem habere id in posterum praestandi Intelligitur agnoscere voluntatem defuncti, quis-

quisquis testatur legatario, se secundum eam voluntatem legatum, aut fideicommissum præstare velle. Deinde in *d. L.* 1. *supr.* placet, si quis fideicommissum annuum triennio præstiterit, eum obligari fideicommisso in posterum præstando, non alia ratione, quam quod heres sæpius id præstando, facto declaravit, se id fideicommissum præstare velle. Si tacita agnitio legati, quæ ex facto colligitur, sine ulla stipulatione heredem in futurum obligavit; multo magis expressa eius agnitio sine ulla stipulatione eum obligavit.

Ad hoc rescriptum hoc modo respnnderi pnteft, quod stipulatio hic exigitur, ut fideicommissum in posterum debeatur, ideo fieri, quia heres agnovit iudicium defuncti transactionis caussa. Aliud probandum est in eo, qui ideo agnovit, quia sciebat non deberi, sed nihilominus soli voluntati defuncti satisfacere cupiebat. Ad *L.* quoque *ult. infr. ad L. Falcid.* dici potest, cautionem heredis exigi, sed cautionem illic significare chirographum heredis, ut sæpe cautionis verbo significatur *L. emptor*, *§. ult. supr. de pact.* Sed tutius est dici id, quod & scripsimus ad *d. L. non dubium*, *supr.* heredem promittendo se præstiturum legatum, aut fideicommissum quod inutili testamento relictum erat, ita demum obligari in posterum, si stipulanti promittat, non autem pacto nudo. Primo propter verba huius rescripti, ubi stipulatio exigitur, & nominatim in eo, qui amplectitur voluntatem defuncti. Sed multo magis propter verba *L. ult. ad L. Falcid.* Huius legis Iustinianus auctor est, ac proinde verba eius, ex illius sententia sunt accipienda. Ipsum autem cautionis verbum sic usurpat, ut velit stipulationem significare, *L. sancimus*, *supr. de verb. sig.* Accedit ius certum, quo cautum est, ex pacto nudo actionem non nasci. Movere nos non debet exemplum *L.* 1. *supr. h. t.* Etsi enim eum heres fideicommissum triennio præstat annuum, quod non debebatur, videtur tacito pacto testari se velle in posterum id præstare; tamen non semel id facit, sed sæpius, ut quodam modo quoties id facit, tot sint pacta, quibus de voluntate sua pollicetur. Fatemur, ubi idem debitor pluribus factis idem pollicetur, etsi priori non obligetur iure civili, tamen pnsteriori obligari, nempe de constituta pecunia de qua obligatur, quisquis constituit se soluturum, quod prius debebat, *§. constituta*, *Inst. de act.* Qui autem constituit, quod prius pactus erat, is debitum constituere intelligitur: pacto enim promissum, natura debetur, *L.* 7. *§.* 1. *de solut.* Natura autem debitum sufficit, ut constitui possit. *L.* 1. *§. debitum*, *de const. pec.*

Ad L. Instrumenta prædiorum. 24.

Iidem AA. CC. Menostrato.

Instrumenta prædiorum per fideicommissum relictorum, quæ ad probationem originis eorum pertinent, heredes præstare necesse non habent, cautionem tamen præstare debent, quod si opus fuerit, legatario, seu fideicommissario, ipsa si habeant, proferant. Dat. Kalen. Decemb. Sirmii. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Prædiis legatis, seu fideicommissis, utrum instrumenta, acquisitionem eorum continentia, præstari debeant? Obiectiones diluuntur, & pro negativa respondetur.*
2. Proferendi verbo *quid hic significetur.*
3. *Heredem ad cautionem de instrumentis legatario exhibendis teneri, unde colligatur.*

1 PRædiis † legatis, seu fideicommissis, quæsitum est, utrum instrumenta acquisitinnem prædiorum continentia fideicommissario præstari debeant. Quæstio in eo est, an ea instrumenta sint legata nam si legata non sunt, non debentur. Hic rescriptum est, ea instrumenta ab herede præstari necesse non esse. Hic multa occurrunt, quæ contrariam sententiam suadeant, quæ ordine diluemus. I. Ædibus legatis constat omnia deberi, quæ sunt tanquam pars ædium, seu quod propter

ædes

Digitized by Google

ædes habetur, *L. Julian. §. ult. de act. empt.* Hæc autem instrumenta propter ædes, & propter alia prædia habentur, proinde etiam legata intelliguntur, & tanquam legata præstari debent. Respondeo, negandum est eiusmodi instrumenta propter ædes, aut prædia haberi: argumento est, quod sine his prædia recte habentur, & recte coluntur. Sed habentur hæc instrumenta propter possessores, ut qui emerunt, & ea prædia ex ea caussa possident, tueantur possessionem his instrumentis. Propter personas igitur hæc instrumenta fiunt, ut illis caveatur, non propter prædia.

Sed & alia ratione efficitur, hæc instrumenta fideicommissario præstari debere. Nam quoties quid ab alio petitur, quod petenti prodest, ei autem, a quo petitur, præstari nihil nocet, toties æquum est, id impetrari ab eo, unde petitur *L. 2. quanquam, D. de aq. plu. arc.* Et merito id placuit, quoniam malitiis hominum non est indulgendum, ut recte scriptum est in *L. in fundo, de rei vind.* At hæc instrumenta fideicommissario præstari valde ei prodest ad tuendum dominium eorum prædiorum. Nam si defunctus eorum prædiorum dominus non fuit, non erit etiam fideicommissarius dominus, quia traditio defuncti nihil iuris amplius transferre potuit, quam fuit apud defunctum, *L. traditio, de acq. rer. dom.* An autem defunctus dominus fuerit, hæc instrumenta probabunt, ex quibus intelligitur etiam fideicommissarium dominum factum esse. Ut autem hæc instrumenta præstentur ab herede, quid ei nocet: cum ipse amplius ea prædia non possideat, & multo minus sit eorum dominus. Unde efficitur, hac sola ratione heredem hæc instrumenta præstare fideicommissario debere.

Respondeo, ut cætera concedamus; tamen falsum est heredi nihil nocere hæc instrumenta restitui: imo ob id maxime heres hæc instrumenta retinere potest, quoniam maxime eius interest, ne ab illo recedant. Nam ut Bartolus recte scripsit ex sententia veterum, qui illum antecesserunt, aut prædia generaliter fideicommissa sunt, aut hæc, aut illa certa specialiter. Si generaliter legata sunt, quæcunque prædia heres postea præstabit, pro evictis tenetur, *L. si a substituto, in fin. de legat.* 1. proinde hoc casu interest eius, instrumenta emptionum & acquisitionum apud se habere, ut possit rem tueri, ne evincatur. Quod si certa prædia a testatore relicta erunt & deinde tanquam aliena evincantur, non tenetur quidem heres præstare evicta, si testator scivit, prædia aliena esse. Sed si de eo quæratur, an defunctus putaverit, sua esse, nec ne, ipse se tuebitur instrumentis illis; quoniam ex iis apparebit, testatorem existimasse prædia ad se pertinere ex *L. cum alienam, sup. de legat.*

Postremo huic parti obstat *L. sicut datam, inf. de liberali caussa*, ubi si quis servum manumiserit, & manumissionis instrumenta conscripserit: placet non tantum patronum non posse revocare libertatem, sed etiam manumissionis instrumentum servo præstare debere. Respondeo: longe hæc in dissimili caussa versantur. Nam servo manumissionis instrumentum præstandum est, quia instrumentum est servi, non patroni. Id enim instrumentum cuiusque est, cuius caussa factum est. *L. pen. in pr. de acq. rer. dom.* Constat autem manumissionis instrumentum fieri servi manumissi caussa. At instrumentum, quod continet emptionem, seu acquisitionem defuncti, non aliud est, quam defuncti: non igitur est fideicommissarii. Proinde recte respondetur hic, prædiis legatis, aut fideicommissis, instrumenta eorum prædiorum acquisitionem continentia fideicommissario præstari non debere. His de caussis, quia non sunt legata; & heredis interest apud eum haberi, & quoniam non sunt fideicommissarii, sed heredis. Et ob has etiam recte placuit prædiis venditis non teneri venditorem, ut instrumenta eorum prædiorum acquisitionem continentia tradat emptori, sed tantum, ut ea emptori exhibeat. *L. Titius heres, L. si creditor, D. de act. empt.*

Sed quamvis hæc instrumenta heres fideicommissario præstare necesse non habeat; tamen hic placet heredem fideicommissario cavere debere, se illa prolaturum fideicommissario, cum opus erit, si & ea adhuc apud se habeat. Cavere, idest, stipulanti fideicommissario promittere, & ita se illi obligare. *L. sancimus, sup. de verb. sig.* Proferendi † verbo non hic significa- 2
tur tantum exhibitio instrumentorum, ut scilicet heres tantum instrumentorum cognoscendorum & describendorum potestatem faciat; sed hoc continetur, ut heres ipsa instrumenta authentica proferat, ubi opus erit; nam hac productione tantum opus est fideicommissario, ut probetur his instrumentis hæc prædia fuisse defuncti, ac proinde a defuncto recte in fideicommissarium translata. Hoc autem non probatur, nisi authenticis; nam exempla fidem non faciunt, *L. 2. de fid. instrum.*

Sed † unde intelligimus heredem ad 3
hanc cautionem teneri, cum heres nihil præstare debeat, nisi legatum, aut fidei-

com-

commissum sit: hic autem de hac cautione nihil a testatore expressum est? Respondeo: hanc cautionem præstari debere, ex sententia defuncti colligitur. Sententia hæc & voluntas intelligitur ex eo, quod recte generaliter constituitur, quoties conceditur aliquid, ea omnia concessa videri, sine quibus id, quod concessum est, explicari & obtineri non potest. *L. 2. de iurisdict. L. 1. §. 1. si ususfruct. pet.* At cum testator legat prædia, intelligitur prædiorum dominium legare, usque adeo: ut si qua pars dominio desit, adhuc integrum prædium peti possit. *L. Mævius, §. pen. de leg. 2.* Porro dominium obtineri non potest a fideicommissario, si de prædiis fiat controversia, nisi probetur instrumentis. Instrumentis id probari non potest, nisi instrumentis prolatis: proinde hæc quoque sententia est testatoris, ut prædiis legatis hæc instrumenta proferantur fideicommissario.

Ad L. Heredum. 25.

Iidem AA. & CC. Iulianæ.

Heredum etiam res proprias per fideicommissum relinqui posse non ambigitur, Dat. II. Kal. Mart. CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Res alienæ, item res heredis recte per fideicommissum relinquuntur.*

1 SI † res penitus alienæ legari possunt; multo magis potest legari res heredis, de quo legato dixi ad *L. cum alienam, sup. de legat.* Sed hoc plus est in re heredis, quia res heredis legata omnino debetur, sive testator sciverit heredis esse, sive putaverit esse suam, *L. unum, §. si rem, de legat. 2.* Cæteræ res alienæ legatæ ita debentur, si testator alienas esse non ignoravit. *d. L. cum alienam.*

Ad L. Ex repudiatione. 26.

Iidem AA. & CC. Fortunato.

Ex repudiatione fideicommissi, doli mali exceptio, iusta caussa intercedente, tunc opponitur, quando ipse, cui fideicommissum relictum est, repudiatione usus fuerit. Unde cum hoc non te, sed patrem fecisse adseveres, qui tibi nocere non potuit: nihil tibi obesse potest. Dat. II. Id. April. Sirmii, CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Filiusfam. an fideicommissum recte possit repudiare.*
2. *Fideicommissum repudiatum an postea petere possit.*
3. *Patre fideicommissum repudiante, ea repudiatio filio non nocet.*
4. *Doli mali exceptio an fideicommissario repudianti recte opponatur.*
5. *Repudiatione legatum, seu rei legatæ dominium amittitur.*
6. *Actionis in rem, & actionis in personam ex caussa legati descendentis differentia, & ratio diversitatis. num. 7.*

FIdeicommissum datum est filiofamil. id filius repudiavit. Quæsitum † est, an
1 recte repudiaverit, & an sit amissum? Placet recte repudiatum, idque efficitur ex regula iuris, quæ dictat eum posse repudiare, qui & acquirere potest, *L. is potest,*

poteſt, de acqu. her. L. eius eſt, de reg. iur. Filius autem familias & legatum & fideicommiſſum ſibi relictum non tantum ignorante patre acquirere poteſt, ſed etiam invito, quia acquiſitio legati patri nihil nocet. *L. acquiritur, L. etiam invitis, de acq. rer. dom.* Quare etiam invito patre filius recte fideicommiſſum repudiabit.

2 Quid † ſi repudiatum poſtea petat, puta ſui iuris factus? Hic reſcriptum eſt, ex repudiatione doli mali exceptionem ei opponi, iuſta cauſſa interveniente. Quæ verba poſteriora non continent conditionem per rationem; non enim doli exceptio opponitur repudiantibus ſub conditione, ſi iuſta cauſſa repudiationis intervenerit. Nam quacunque de cauſſa fideicommiſſum repudiatum ſit, hoc ipſo, quod repudiatum eſt, amittitur. *L. is qui heres, de acquir. her.* Sed exceptio opponitur repudianti, utpote iuſta cauſſa interveniente, cur opponatur: cum ſcilicet is repudiatione uſus ſit, cui fideicommiſſum relictum erat, ut ſequitur in reſcripto.

3 Unde ſubiicitur per contrarium, ſi pater † fideicommiſſum repudiaverit, repudiationem filio non nocere, nempe contraria de cauſſa, quia hic iuſta cauſſa non intervenit, cur hoc caſu opponatur filio agenti doli mali exceptio. Idque ex eadem regula ſuperiori efficitur; quia is ſolus repudiare poteſt, qui & acquirere: pater autem fideicommiſſum filio relictum invito filio acquirere non poteſt, ſed ſolus filius uſque adeo, ut filius nulla vi cogi poſſit ad acquirendum, & eo repudiante nihil patri acquiratur. Nam id & in ſervo berede inſtituto placuit *L. 3. ſup. de her. Inſt.* Proinde nec pater repudiare poteſt. Huc pertinet *L. is qui heres, §. ult. de acquir. her.* Cætera hic expedita ſunt.

4 Illud † non expeditum eſt, quod dicitur, fideicommiſſario repudianti, ſi poſtea fideicommiſſum petat, opponi doli mali exceptionem. Non videtur defendi poſſe, in hac ſpecie locum eſſe exceptioni vel doli, vel ulli alii. Nam exceptio nunquam competit reo, niſi agenti iure civili competat actio iure conſtituta, ut probatur in ſingulis, *infra tit. de except.* Unde definitur exceptio actionis excluſio, *L. 2. de except.* ut conſequens ſit, nulla actione poſita, nullam actionis excluſionem, ac proinde nullam exceptionem eſſe poſſe. At in propoſito ubi fideicommiſſum repudiavit, ſtatim actionem ipſo iure amiſit, *L. ſervum filii. §. 1. L. ſi tibi heres, §. cum ſervus, de legat. 1. L. nam ſicut, ad L. Aquil.* ubi expreſſum eſt. Proinde dici potuit filium, qui repudiavit, amplius petere fideicommiſſum non poſſe: illi autem agenti opponi exceptionem, dici non poteſt, cum ille actionem iure nullam habeat, quæ exceptione excludatur.

Dicendum eſt, quod de repudiatione ſupra dixi, & quos locos in eam rem citavimus, omnia ſcripta eſſe de dominio rei legatæ, item de actione in rem, quæ legatario ex dominio naſcitur. Sic ius eſt; Repudiatione † legatum, ſeu rei legatæ 5 dominium ipſo iure amitti. *L. ſervum filii. §. 1. L. ſi tibi heres, §. cum ſervis, de legat. 1.* Ut dominium amittitur, ita conſequens eſt in rem actionem non competere ipſo iure repudianti, idque eſt, quod dicitur in dicta *L. nam ſicut, ad L. Aquil.* Conſequens eſſe dicimus; quia aperte in rem actio iure civili non competit, niſi domino. *L. in rem, de rei vindic.* At in hac lege de fideicommiſſario agitur, idque ex iure veteri, quo iure ex fideicommiſſo non tranſibat dominium rei fideicommiſſæ recta in fideicommiſſarium, ut fiebat in rebus legatis. *L. a Titio, D. de fur.* Sed fideicommiſſum obtineri debebat ab herede, vel eo, a quo relictum erat. *Inſtit. h. t.* Nuda actio in perſonam tantum competebat fideicommiſſario, ad reſtitutionem fideicommiſſi quæ extraordinaria perſecutio dicebatur. *L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. ſign.* Differt † actio in perſonam a domi- 6 nio rei legatæ & actione in rem. Ex cauſſa legati neque dominium, neque actio in rem acquiritur legatario, aut fideicommiſſario, niſi ſub conditione, ſi non repudiaverit, & ideo eo repudiante, ſuperiora perinde habentur, quaſi ei nunquam quæſita eſſent. At in perſonam actio & legatario & fideicommiſſario ſtatim quæritur ipſo iure, ſine ulla conditione; ut ex hoc loco facile intelligitur. Quæſita ſemel actio repudiatione fideicommiſſi amitti non poteſt iure civili. Nam ſi actio in perſonam non amittitur pacto, idest, debitoris & creditoris conſenſu; multo minus nuda voluntate ſolius creditoris amittetur. *§. præterea, Inſt. de exc.* Sed quanvis repudiatione non amittatur iure actio; tamen quia iniquum eſt heredem hoc caſu repudianti teneri, placet exceptionem doli mali illi obſtare, ſi contra repudiationem ſuam fideicommiſſum petat, ut hic dicitur.

Sed cur † aliud ſtatuimus in dominio 7 & in actionibus in rem ex cauſſa legati deſcendentibus; aliud in actione in per-

fonam

Digitized by Google

ſonam ex eadem cauſsa deſcendente? Reſpondeo, differentiæ ratio eſt, quia ſi dominium ſtatim acquireretur legatariis, & immutabiliter, id nulla repudiatione amitti poteſt, neque iure, neque per exceptionem. Non poteſt ipſo iure; quia ut dominium & corpore & animo acquiritur non ſola voluntate, ſic ſola voluntate amitti non poteſt. *L. ſi quis, §. differentia, D. de acquir. poſſeſſ.* Ut autem poſt repudiationem nihilominus maneret dominium rei penes fideicommiſſarium; ita ſi fideicommiſſarius rem fideicommiſſam peteret, exceptione doli mali, aut alia quavis removeri non poſſet ab herede. Nam omnis exceptio iure eorum æſtimanda eſt, qui ea utuntur, *L. penult. in fine, de bon. poſſeſſ. ſecund. tabul.* At in propoſito ex repudiatione fideicommiſſi nullum ius acquirit heres in dominio rei legatæ, ſi poſuerimus, fideicommiſſarium repudiantem nihilominus dominum manere. Proinde quævis exceptio ab illo allata illi prodeſse non poteſt. Ob hanc cauſsam cautum eſt, ut ne ante dominium certo acquireret, quam conſtitiſset illum repudiaſse, ut ſic repudiatione vere dominium amitteret. At hoc incommodum non metuitur in actione in perſonam, ſi illa ſtatim fideicommiſsario, aut legatario acquiratur; quanvis enim ſemel quæſita repudiatione non amittitur ipſo iure; tamen excluditur per exceptionem, quæ acquiritur hereditate heredi, utpote ei, qui dedit fideicommiſsum. Nihil autem intereſt effectu, utrum quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur. *L. nihil intereſt, de reg. iur.*

Ad L. Fideicommiſſum. 27.

Iidem AA. & CC. Olympiadi.

Fideicommiſſum eius, qui reliquerat, pœnitentia probata ſucceſſores nunquam præſtare compelluntur. Datum V. Kalen. Octob. Viminacii. CC. Coſſ.

SUMMARIA.

1. *Fideicommiſſum pœnitentia relinquentis probata, neque ab heredibus, neque ab ullis aliis debetur.* & n. 3.
2. *Pœnitentia hæc quomodo probetur.*

ID recte relictum debetur, niſi eum, qui reliquit, pœniteat relicti. Nam revocari fideicommiſſum & legatum ſemper poteſt ex pœnitentia, *L. datum, ſup. de legatis.* Pœnitentia † eius probata, fideicommiſſum neque ab heredibus, neque ab aliis ullis, a quibus relictum, debetur, ut *hic.* Pœnitentia † probatur & ex verbis defuncti, & ex re ipſa. Ex verbis, ſi aperte ademit: ex re, ſi inimicitiæ capitales inter defunctum & legatarium incidant, aut incidat aliqua indignitas fideicommiſſarii adverſus defunctum, unde intelligi poſſit, nolle defunctum in tam indignum quicquam conferre, *L. 3. §. ult. L. ſequent. de adimend. leg.* Sic † ex pœnitentia legatum revocatum non debetur, ut alias non debeatur ipſo iure, alias heres tutus ſit exceptione. Ipſo iure non debetur, ſi legitima voluntate ademptum eſt, puta teſtamento, aut codicillis: alias exceptione tantum doli mali: quæ heredi competit, *d. L. 3. §. ult. de adimend. leg.*

Ad L. Ex Fideicommisso. 28.

Iidem AA. & CC. Tiberio.

Ex fideicommisso sub conditione sine libertate servis propriis inutiliter dato libertas peti non potest. Dat. XV. Kal. Novembr. Trans mare CC. Coss.

De hac lege dixi ad *L. servus. 4. supr. de legat.*

Ad L. Ex Testamento. 29.

Iidem AA. & CC. Achilleo.

Ex testamento, quod iure non valet, nec fideicommissum quidem, si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur, peti potest. Dat. VIII. Kal. Dec. CC. Coss.

DEfinitio est generalis, cuius exemplum expositum est in *L. eam quam, sup. hic.*

Ad L. Cum acutissimi. 30.

Imp. Iustinianus A. Demostheni *Praefecto praetorio.*

Cum acutissimi ingenii vir, & merito ante alios excellens Papinianus in suis statuerit responsis, si quis filium suum heredem instituit, & restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videre dispofuisse, nisi cum filius eius sine sobole vitam suam reliquerit: nos huius sensum merito mirati, plenissimum ei donamus eventum, ut si quis haec dispofuerit, non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam: vel ab initio nepotem vel neptem pronepotem vel proneptem vel aliam deinceps posteritatem, & eam restitutionis post obitum gravamini subiugaverit: non aliter hoc sensisse videatur, nisi ii qui restitutione onerati sunt, sine filiis vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere. Recitata septimo in novo consistorio Palatii Iustiniani. Dat. III. Kal. Novemb. Decio V. C. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Heres rogatus portionem hereditatis post mortem restituere fratri, vel patruo, si susceptis liberis decedat, an fideicommissum debeatur.*
2. *Tria in responso Papiniani notanda.*

1 SI parens † filium, vel nepotem heredem institutum rogat, ut restituat portionem hereditatis, cum morietur, vel post mortem suam, fratri, vel patruo suo. Hic mortuo eo, qui rogatus est, secundum verba, fideicommissum debetur, sive filius is, aut nepos decesserit sine liberis, sive liberis susceptis. Nam mortuo eo con-

Digitized by Google

conditio fideicommissi extitit: conditione impleta fideicommissum debetur, etiamsi liberos susceperit; quoniam fideicommissum non fuit relictum sub hac conditione, *si sine liberis decederet*. Et hæc ita sunt, si verba sequimur: sed in hac specie Papinianus olim respondit: si filius, aut nepos liberis susceptis decesserit, fideicommissarium coniectura voluntatis defecisse videri; quanquam fideicommisso inesset hæc conditio ex voluntate defuncti, *si nepos decesserit, idque sine liberis*. Extat eius responsum in *L. cum avus, de condit. & demonst.* Cuius voluntatis coniecturam & rationem explicat Iustinianus in *h. L.* cum ait *in fin.* non esse verisimile quenquam alienas successiones propriis anteponere. Hoc responsum, cum esset plenum æquitatis & certam rationem haberet, Iustinianus duabus constitutionibus confirmavit, & ita explicavit, ut ad alios multos usus produceret. Constitutiones eius sunt hæ *L. cum acutissimi*, & *L. generaliter*, §. *ult. sup. de inst. & substit.*
2 In † responso Papiniani tria notanda sunt. 1. de persona rogati, 2. de liberis ab eo susceptis, 3. de fideicommissis. Hæc capita Iustinianus ita tractavit: Papinianus de nepotibus loquitur in *d. L. cum avus*. Iustinianus produxit hoc responsum ad pronepotem & omnem alium posterum. Hic Papinianus de nepote loquitur in sexu masculino: Iustinianus in hoc rescripto producit ad filias neptes, proneptes & alias in infinitum. Papinianus de nepote loquitur, legitimoque filio patris: Iustinianus in *d. L. generaliter*, §. *ult.* produxit ad liberos institutos, etiamsi naturales tantum sint. In liberis susceptis Papinianus de liberis generaliter & indistincte loquitur: Iustinianus hoc revocavit ad liberos tantum legitime susceptos, & cavit, ut si filius rogatus post mortem suam hereditatem restituere, decedat liberis non ex iusto matrimonio susceptis, fideicommissum æque debeatur, ac si sine liberis decessisset. Hoc in *d. L. generaliter, cir. fin.* significatur quoque illis verbis, *sine iusta prole*, ut ibi locum exposuimus. Postremo Papinianus de fideicommisso hereditatis loquitur: Iustinianus hoc produxit etiam ad fideicommissa singula & legata, *d. L. generaliter, in fin.*

Ad L. penult.

Idem A. Ioanni *Præfecto prætorio*.

Quidam filium suum a sacris paternis remisit, & postea testamento condito eum præteriit, nullo ei penitus relicto, aliis heredibus derelictis. Ipsum autem, quem neque heredem, neque exheredatum fecit, fideicommisso prægravavit: quærebatur, si utile esset huiusmodi fideicommissum. Tota igitur antiqua dubietate super hoc explosa, nobis in hoc casu placuit, ut emancipatus (utpote iniuria a patre adfectus) non compellatur fideicommissum a sua persona relictum præstare. Quod etiam in aliis personis, quas exheredari necesse est, locum habere censemus. Dat. prid. Kal. Mart. Constantin. post consulatum Lampadii & Orestis. VV. CC.

S U M M A R I U M.

1. *Fideicommissum an a filio emancipato & postea exheredato relinqui possit.*

AB exheredati substituto legari nihil potest, multo minus ab exheredato, *L. cum quidam, sup. de legat.* ubi hic locus apertius constitutus est a Iustiniano.
1 Quæsitum est, si † pater filium emancipaverit, an possit eo exheredato nihilominus ab eo fideicommissum relinquere? De hac specie dubitatum fuit, propterea quod pater emancipatione libertatem in filium contulerit: hæc res inæstimabilis est. Regula autem iuris facit, ut cui aliquid dedimus, etiam ab eo relinquere possimus. *L. ab eo, sup. h. t.* Iustinianus eam dubitationem omnem removens hic constituit, ab exheredato filio, quanvis antea emancipato, relinqui nihil posse. Non obstat,

stat, quod dicitur ab eo cui dedimus, etiam relinqui posse. Hoc enim ita dictum est, si modo ei aliquid dederimus, quod ad eum pervenit morte nostra, *L. 1. §. sciendum, de legat.* 3. Libertas autem, quæ emancipatione confertur, confertur inter vivos, nec suprema voluntate revocari potest; unde intelligitur eam libertatem morte nostra ad alium non pervenire. Hoc amplius, libertas hæc, quæ ex emancipatione ea nascitur, nullam æstimationem habet, ut sciri possit, quid pro ea relinqui possit. *L. si filiusfam. de legat.* 1.

Ad. L. ult.

Idem A. Ioanni *Præfecto prætorio.*

Quæstionem ex facto emergentem resecantes & voluntati mortuorum prospicientes sancimus, si sine scriptura & præsentia testium fideicommisso derelicto fideicommissarius elegerit heredis iuramentum, vel forsitan legatarii, vel fideicommissarii, quotiens ab eo relictum est fideicommissum, sive universitatis, sive speciale: necesse habere heredem, vel legatarium, seu fideicommissarium, prius iureiurando de calumnia præstito, vel sacramentum subire, & omni inquietudine sese relaxare: vel si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam partem, vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsitan maiorem fideicommissarius expetat: omnimodo exactioni fideicommissi subiacere, & eum ad satisfactionem compelli: cum ipse sibi iudex, & testis inveniatur, cuius religio & fides a fideicommissario electa est, nullis testibus, nullisque aliis adventitiis probationibus requisitis. Sed sive quinque sint testes, sive minores, vel nemo: caussam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem, quam exactionem, sive pater sit qui fideicommissum dederit, sive extraneus: ut æquitatis ratio communiter in omnes procedat. Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur: tunc & numerus testium, & nimia subtilitas requirenda est.

Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat: ut per ampliores homines perfectissima veritas revelетur.

Cum autem is qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur, (& maxime ipse heres cui summa auctoritas totius caussæ commissa est,) dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem: qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria & indubitata fide relicta? cum & in leges respeximus quæ iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes obedire compellunt: & sic strictius caussam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos qui testatoribus suis minime paruerint.

S U M M A R I A.

1. *Fideicommissum non solemniter relictum an ab herede præstandum sit.*
2. *Heres nihil a se relictum, iurare recusans, fideicommissum solvere cogitur: & cur?*
3. *Ratio huius constitutionis.*

SIC aliquot locis constitutum est: ex imperfecto testamento, item ex imperfectis codicillis, & generaliter ex omni suprema voluntate, nisi quinque cum minimum testes adhibiti sint, deberi nihil, & nihil peti posse. *L. si veritas, sup. h. tit.*

tit. L. ult. § ult. fupr. de codicill. Iustinianus illud ex his responsis excepit, de quo hic cautum est. Est autem constitutio-
1 nis hæc sententia. Si † defunctus fine scriptura cum herede præsente egerit, eiusque fideicommissario, ut aliquid ei præstaret, quamvis nulli omnino adhibiti sint testes; tamen placet fideicommissum ab herede præstandum duobus casibus: Uno, qui solis verbis huius constitutionis expressus est, si videlicet heres neget, quicquam a se relictum esse, & actus ad iusiurandum a fideicommissario, iurare nolit. Alter casus ex superiori colligitur; si videlicet heres ultro confiteatur fideicommissum a se relictum esse, sed dicat, se non teneri, quia solemniter relictum non sit. Hic casus ex priori colligitur, intellecta ratione huius constitutionis.

2 Cur enim † heres iurare recusans, fideicommissum solvere cogitur? Non alia ratio est, quam quod recusatio iurisiurandi tacitam confessionem habet; ideo enim non vult iurare; quia peierare non vult, sic a se relictum esse, *L. manifestæ, de iureiur.* Si recte colligitur: propter quod unumquodque tale est, illud magis tale esse existimandum est: quod probatur vulgo *ex auth. multo, sup. de episc. & clericis.* Proinde si recusatio iurisiurandi heredem obligat propter confessionem, quæ in hac recusatione inesse intelligitur; multo magis aperta eius confessio eum obligabit. Itaque quod scriptum est in *§. ult. in fin. Inst. de fideic. her.* heredem in hac specie confitentem obligari, *si confiteatur, postquam negaverit*, non sic accipiendum est, quod confitens de fideicommisso, non alia conditione obligetur, quam si prius negaverit: sed simpliciter, quisquis confitebitur, obligabitur. Intelligendum est enim, quod hic constitutum est, fideicommissum non esse constitutum pœnæ caussa, ut coerceatur inficiatio heredis, sed voluntatis testatoris tantum servandæ causa, ut diserte scriptum est in hac constitutione in extremis verbis.

Prior casus ex iis duobus, cum aliquid iniquum & novum habere videretur; ideo Iustinianus hanc constitutionem adversus obiectionem tacitam munivit, & præterea addidit rationem, cur hoc ius constituerit. Primo diceret aliquis non recte exigi fideicommissum ab herede fine probatione, ubi heres negaret se scire quicquam relictum esse. Respondet Iustinianus in hac re iniquum non esse, ubi heres iureiurando sibi delato, in sua caussa constituitur testis & iudex, ut sit in eius potestate non teneri, iurando se nescire quicquam relictum esse. Præterea obiiceret etiam aliquis, videri hoc ius novum & contra omnes regulas iuris, secundum quas solemnis numerus exigitur, & in testamentis, & in codicillis, atque adeo in omni voluntate, ut initio hic diximus. Respondet Iustinianus, requiri hunc numerum solemnem & iustum, cum res per testes probanda est. Ideo enim hic numerus exigitur, ne quid falsitatis admittatur, quod facile factu fuit, nisi hic numerus adhiberetur. Sed in hac specie nihil falsitatis metui potest, etiamsi nulli adhibiti sint testes, quia testimonium ab ipso herede, eodemque debitore exigitur: qui si iuraverit fideicommissum a se relictum non esse, liberatus discedit. Sin autem confiteatur, aut iurare nolit, ea recusatio confessionem tacitam habet. Hæc confessio omni suspicione falsitatis caret, cum ipse se confiteatur.

Ad extremum autem, ut dixi, rationem † 3 reddit, qua motus ius superioris constituerit. Ait igitur, se motum primo legibus veteribus, quæ iubent, ratas esse supremas voluntates. Intelligit autem Legem 12. tabularum, de qua *L. verbis legis, de verb. sig.* item *L. 1. fupr. de SS. eccles.* & similes. Deinde motus est idem & iis legibus, quæ exigunt ita ut impleatur voluntas suprema, ut velint etiam eum, qui hereditatis lucrum accepit, id amittere, nisi testatoribus suis paruerit. Quas leges hic intelligat, quæsitum est. Intelligere dicimus eas leges, quibus legatum adimitur tutori, qui se a tutela excusavit, *L. post legatum, §. amittere, D. de his, quæ ut indig. L. qui tutelam, sup. de test. tutel.* Nec obstat, quod Iustiniani constitutio de lucro hereditatis amittendo loquitur: his enim verbis non hereditas accipienda est, sed legatum, aut fideicommissum. Nam legatum omne, aut fideicommissum est lucrum delibatum ex hereditate, ut declaratur definitione legati, *L. legatum, de legat.* 1. Huic constitutioni opponitur. *L. si veritas, sup.* ubi scriptum est, ex imperfecta scriptura nihil deberi, nisi quis ultro agnoverit voluntatem defuncti. Respondeo, & hoc verissimum est, neque contrarium huic constitutioni. Proinde etiam post hanc constitutionem, id ius manere intelligitur. Quoties testator scriptura aliquid reliquit, fidem scripturæ servari voluit: proinde si fides scripturæ non constabit ex iusto numero testium, ius antiquum valebit. Iustiniani hæc constitutio loquitur de eo, quod fine scriptura relictum est, ubi scilicet testator

Digitized by Google

stator contempta omni alia probatione, vel scripturæ, vel testium, rem fidei solius heredis commisit, ut in principio hic expressum est.

Rursum opponitur *L. ult. §. ult. sup. de codicill.* ubi cautum est, nisi quinque testibus adhibitis, nihil ex ulla suprema voluntate deberi. Respondeo, & hæc constitutio hodie manebit, si defunctus absente herede aliquid reliquerit. Nam in absente hæc constitutio locum non habet; quoniam heres, qui ignoravit, quid testator dixerit, facile & liquido iurabit, se nescire, quid ille dixerit, quo iuramento præstito liberatur hac constitutione. Solum ergo relinquitur locus huic constitutioni, cum defunctus sine alia scriptura, & aliis probationibus, rem, quam præstari voluit, fidei heredis præsentis commisit.

Ad Auth. Hoc amplius.

Hoc amplius qui defuncti iudicium lege non repræsentatum monitus a iudice intra annum non implet, excluditur eo, quod præter debitum naturale perceperit ex eodem iudicio: hoc autem cum onere suo, danda super hoc cautione, defertur primo substitutis, mox ordine servato coheredibus adeuntibus, vel generali fideicommissario, vel legatario soli, vel ex pluribus in parte potiori, vel speciali fideicommissario, vel legatario maioris emolumenti, vel omnibus, vel volentibus, vel libertate in testamento donatis, prout quisque eorum prior nominatus est: exheredatis ne hic quidem respectis: postremo defertur extraneo, vel fisco.

S U M M A R I A.

1. *Occasio huius fragmenti subiiciendi unde nata*

2. *Verba huius constitutionis explicantur.*

1 Occasio † huius fragmenti subiiciendi nata est ex postremis verbis superioris legis, quibus Iustinianus scripserat, adeo supremam voluntatem ex legibus servandam esse, ut placeat eos amittere lucrum hereditatis, qui testatoribus suis non paruerint: ubi lucrum hereditatis dixi accipiendum, legatum, aut fideicommissum alicui relictum, in hoc, ut aliquid ex iussu testatoris faceret. Adiicitur igitur apte hæc Authentica, in qua superior sententia amplificatur, ut *hoc amplius*, quam scilicet in legatis & fideicommissis relictis, etiam hereditas in tantum amittatur ab eo herede, qui non præstet id, quod testator fieri iusserit. Id autem accidit ex constitutione Iustiniani, *Novell. 1. §. si quis autem non implens* In hac specie: Si heres aliquid facere, aut præstare iussus, & idem a iudice *admonitus* intra annum vo-
2 luntati defuncti parere neglexerit. Si † erit *admonitus*, ait constitutio: quibus verbis plures admonitiones non exiguntur. Proinde una admonitio iudicis sufficiet; quoniam singulari numero hæc oratio contenta est, *arg. in L. ubi, de testam.* Ait constitutio, *intra annum*. Quæstio, unde annus numerandus sit. Apparet numerandum esse ex admonitione iudicis. Ait constitutio, *si præstare neglexerit*: quibus verbis significatur is, qui alioqui de fideicommisso confitens, tamen negligentia fideicommissum non solvit. Quod si heres fideicommissum negabit, & de eo usque ad sententiam litigaverit, eritque fideicommissum ad pias caussas relictum, dupli pœna adversus heredem constituta est, *§. ex maleficiis*, vers. *item mixta*, *Inst. de act. §. ult. Instit. de obligat. quæ ex quasi contractu*, *&c.* Ait constitutio, *Si fideicommissum repræsentatum non solvatur*. His verbis significatur fideicommissum, quod lex repræsentare iubet, idest, quod iure valet. Pœna autem heredi iniuncta quæ sit, expressum est sequentibus verbis Authenticæ. Sed multo explicatius dicitur in ipsa constitutione Novella.

AD TITU-

AD TITULUM XLIII.

COD. COMMUNIA DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

CUm intellectum erit, an legatum & fideicommissum relictum valeat, de quo superioribus titulis de legatis & fideicommissis tractatum est: superest, ut legatum & fideicommissum præstetur: ni præstetur, restat, ut videatur, quæ sit eius obtinendi ratio: ea ratio posita est in actionibus, de quibus maxime hoc titulo agitur, præcipue autem *Lege* 1.

Ad L. Cum hi. 1.

Cum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerunque habere noscantur: quis vel vindicationis, vel sinendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittat, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri: Omnibus vero tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere: & non solum personalem actionem præstare, sed & in rem: quatenus eis liceat easdem res sive per quodcunque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictæ, vindicare in rem actione instituenda: & insuper utilem Servianam, idest, hypothecariam super his, quæ fuerint derelicta, in res mortui præstare. Cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, & iterum novellæ constitutiones in multis casibus & tacitas hypothecas introduxerunt: non ab re est etiam, nos in præsenti casu hypothecariam donare actionem, quæ etiam nullo verbo præcedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata, vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personæ ab eo honoratæ ea percipiant: apparet ex eius voluntate etiam præfatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat: & præcipue cum talia sint legata, vel fideicommissa, quæ piis actibus sunt deputata. Et hæc disposuimus non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum, vel fideicommissum: sed etsi a legatario, vel fideicommissario, vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri adferat ei, a quo derelictam est: nihil est grave, etiam adversus eum, non tantum personalem, sed etiam in rem & hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum & hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit: & hypothecam esse non ipsius heredis, vel alterius personæ quæ gravata est fideicommisso rerum, sed tantummodo earum quæ a testatore ad eum pervenerint. Data decimo quinto Kal. Oct. Chalcedone, Decio viro clarissimo consule.

SUMMARIA.

1. *Legis huius tria constituta.*
2. *Legatorum omnium an eadem vis & natura.*
3. *Fideicommissorum eadem vis & natura est.*

Lex

Lex hæc loquitur de fideicommissis particularibus.
4. *Lex hæc quid differat a sequenti.*
5. *Actiones legatorum & fideicommissorum tres, personalis, in rem, & hypothecaria.*
6. *Genera harum actionum quæ.*
7. *Actio legati & fideicommissi in personam quomodo adversus heredem detur.*
8. *Actio legati & fideicommissi in personam quibus competat, & adversus quos.*
9. *An etiam competat de legato & fideicommisso.*
10. *Actio legati & fideicommissi in rem cui, & de quibus rebus competat, & adversus quem.*
11. *Actio Serviana, seu hypothecaria quæ sit.*
12. *Actio Serviana de quibus rebus, & adversus quem competat.*
13. *Actiones legatorum & fideicommissorum competunt etiam adversus legatarios & fideicommissarios, a quibus quid alteri relictum est.*
14. *Fideicommissum relictum legatario an valeat, si legatario nihil lucri accedat.*

1 TRia † hic constituuntur, ut breviter comprehensum est in *verf. rectius,*
2 *infr.* scilicet omnium † legatorum eandem vim & naturam esse, quod constitutum est a Iustiniano, propter veterum legatorum differentiam, quorum genera erant quatuor, & singulorum vis & natura distincta, ut indicatur §. *de legat.* quod plenius expositum est a Theophilo *ibidem*, & apud Ulpianum *de legat.* Sed hic occurritur & negatur omnium legatorum eandem vim esse, exemplo eius, quod ad pias caussas est relictum; nam huius legati est hæc natura, ut si heres inficietur & perseveret in ea inficiatione usque ad sententiam, dupli condemnetur, quod non ita servatur in cæteris legatis. §. *ex maleficiis.* verf. *item in ista, Inst. de action.* §. *ult. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract.* Resp. non id, quod Accursius & cæteri hoc loco, nempe genera legatorum esse exæquata, non autem singulas species generum; aio enim & singulas species esse exæquatas, hoc amplius singula individua legata. Neque tamen superius exemplum adversatur. Quod enim dicitur, omnia legata esse exæquata, hanc significationem habet, ut sint exæquata, quatenus legata sunt, non autem amplius. Exempli gratia. Nemo dubitat aliud legatum esse, cum homo legatur, & aliud cum legatur pecunia; item aliud legatum esse centum aureorum, aliud 10. Sed hæc ideo contingunt, non quia legata sunt, sed quia sunt res diversæ: cæterum quatenus legata sunt, eandem vim omnino obtinent. Idem accidit in legato ad pias caussas; nam quatenus in eo legatum est, non differt a cæteris legatis. Quod autem heres inficians mulctatur dupli, non propter legatum, sed propter rem, seu personam cui legatur, contingit, cui hoc favoris gratia tributum est.

Secundum † hic statuitur, fideicommissa 3
quoque esse exequata legatis, & omnium eandem esse naturam, de quo initio tituli de fideicommissis dictum. Tantum hic notandum est, quod illic omisimus, sententiam hanc & constitutionem de exæquatione fideicommissi & legati, accipiendam esse de fideicommissis singularibus seu particularibus, quemadmodum & legata intelliguntur legata singularum rerum, non universi iuris. Nam quod ad universa iura attinet, puta cum heres est rogatus hereditatem restituere: hic ius antiquum manet, quo iure ex hereditate haud quicquam transfertur in fideicommissarium, antequam hereditas sit illi restituta, *L. facta in pr. D. ad Treb.* Cum in legatis contra ita ius sit, ut rei legatæ dominium recta transferatur, & transeat ab herede in legatarium, quanvis re illi non tradita, dummodo legatum non repudiavit, *L. servum filii.* §. 1. *L. si tibi,* §. *cum servus, de leg.* 1. *L. Legatum, de leg.* 2.

Sed † cum eadem sententia repetatur 4
in *L.* 2. *seq.* quid hæc lex differt a sequenti? Resp. plurimum etiam in hac parte. Nam de exæquatione legatorum & fideicommissorum hic obiter dicitur, & veluti per consequentiam earum actionum, de quibus hic præcipue agitur. Statuitur in *L.* 2. hæc sententia ex professo; ita in *L.* 3. Hic dicitur eandem esse naturam fideicommissi & legati. In *L.* 2. hoc amplius dicitur, quomodo & quando, & quibus in rebus eadem sit. Præterea in hac *L.* dicitur, eandem naturam esse in rebus omnibus, idque declaratur. Tertium caput & proprium huius loci est de actionibus legatorum & fideicommissorum nomine constitutis. Has † actiones tres esse 5
placet, personalem, in rem, & hypothecariam. In his actionibus constituendis primum illud occurrit, quod dubitatur, quod Iustinianus ait, se hoc primum constitue-

stituere, ut hæ sint actiones, cum constet etiam iure veteri plures actiones de legatis competiisse, *L. cum filius*, *§. varius, de legat.* 2. Respondeo: iure veteri quoque fuerunt plures actiones, sed de legatis: nam de fideicommissis una fuit persecutio in personam extraordinaria, *L. pecuniæ*, *§. actionis, de verb. signif.* Hoc primo Iustinianus hac constitutione immutavit, qui voluit, quæ actiones competebant de legatis, easdem quoque de fideicommissis competere. Præterea & de legatis duæ tantum fuerunt actiones, actio in personam & actio in rem. Hypothecariam autem eo nomine non fuisse, ex eo intelligitur, quod edicto prætoris cavebatur, ut de legatis caveretur legatariis & fideicommissariis stipulatione: quod nisi caveretur, tum demum consequeretur legatarius & fideicommissarius, ut mitteretur in bonorum possessionem, & eadem promissione pignus prætorium nancisceretur, non ante, toto Tit. *ut legat. & fideicommissor. nomine caveat*, & Tit. *seq ut in poss. legat. &c. L. non est mirum, de pign. actio.* Iustinianus primus statim ab initio legatariis & fideicommissariis hypothecam dedit: quod quoniam novum constituebat, idcirco conatus est hic eius constitutionis rationem reddere *in §. 1. & seq.*

6 Genera † harum actionum consideremus: quod ideo faciendum est, ne ex hac constitutione in errorem incidamus. Nam constitutio est ita scripta, quasi videatur de iisdem rebus adversus easdem personas tres actiones hasce constituere quod non est ita. Idque solum intelligitur cognita singularum actionum natura, quæ ob id nobis singillatim est cognoscenda.

7 I. Legati † & fideicommissi actionem in personam competere constat, non tantum hac lege, sed iam olim. Sed cum nulla sit actio in personam, nisi ex obligatione, nec ulla obligatio, nisi aut ex contractu aut maleficio, quasi contractu, aut quasi maleficio. *§. 1. Institution. de action.* Unde potest hic actio esse adversus heredem, a quo quid relictum est, cum is neque contraxerit cum legatariis, aut fideicommissariis, neque quicquam adversus eos deliquerit, vel quasi? Respondeo, veteribus etiam actionem esse in personam ex quasi contractu: quasi heres contraxerit cum legatariis & fideicommissariis. *§. heres autem*, *Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu*. Sed unde hic quasi contractus intellectus est? Id explicatur *L. 3. §. ult. & L. seq. quib. ex causs. in poss. eatur.* hoc modo ut heres adeundo, vel pro herede se gerendo, videatur hoc ipso suscipere necessitatem & solvendi legata & solvendi creditoribus legatariis, ut quoniam a defuncto hereditatem accipit, eodem facto declaret se velle eius voluntati parere. Hinc illius obligatio; ex hac obligatione actio in personam eius.

8 Hinc † intelligimus, quibus de rebus actio hæc in personam competat, & adversus quos. Omnes res, non tantum, quæ defuncti fuerunt, sed etiam alienæ legatæ aut fideicommissæ peti possunt ab herede, ut vel eas redimat, vel earum restitutionem præstet, *§. non solum de legat.* Proinde hæc actio de omnibus rebus obligatis competit. Sed & si quid heres facere iussus sit: peti ab eo potest, ut faciat, proinde & in factis hæc actio locum habet. Cum autem omnis actio in personam sit adversus eum qui obligatus est, *L. actionum, de obl. & act. d. §. 1. Inst. de act.* Solus autem heres, & is a quo fideicommissum est relictum, obligatur ex quasi contractu: consequens est igitur actionem hanc in personam † 9 de legato & fideicommisso non competere, nisi adversus heredem ipsum, qui fideicommisso obligatus est; aut eo mortuo adversus heredem eius, quia actio in personam etiam adversus heredes competit, *§. 1. Inst. de perpe. & temp. act.* Hæc actio veteribus dicta est actio ex testamento, ut ex his locis patet, *L. plane*, 34. *§. quod si rem emissem*, *L. nam quocunque in pr. & §. 7. L. etiam, de solu.* Quid ergo si fideicommissum sit codicillis relictum? Resp. Etiam de hoc fideicommisso actio olim in personam competebat, sed hæc dicebatur extraordinaria persecutio fideicommissi. Solum ex testamento actio de legatis competebat, ut quæ solum testamento relinqui possent; nam codicillis non competebat *§. præterea, Inst. de fid. her.* Hodie post constitutionem hanc Iustiniani, *& post L. seq.* cum omnium fideicommissorum & legatorum eadem natura sit: dicimus, si quid legatum, aut fideicommissum sit codicillis; actionem in personam competere, non ex testamento; quia codicilli testamentum non sunt, *L. si idem, sup. de codicill.* sed ex suprema voluntate. Idque hac constitutione eam actionem inducente.

10 Secunda † actio est legatorum & fideicommissorum nomine prodita, *actio in rem*. Ex quo primum intelligimus, quicquid legatum, aut fideicommissum est alicui, eius rei dominium recta transire in legatarium & fideicommissarium, si modo rem non repudiaverit; Idque ius erat olim

in

in legatis, ut paulo ante dixi ex suis locis. Nunc idem hic in fideicommissis intelligimus constitutum. Intelligitur autem hoc ipso, ut actio in rem & de fideicommisso constituatur. Nam actio in rem iure civili nulli competit, quam domino, *L. in rem, de rei vind.*

Hinc consequens est, actionem in rem legatorum aut fideicommissorum nomine, non de iisdem rebus competere, de quibus in personam actio; quoniam non omnes res legatæ, aut fideicommissæ sunt in ea caussa, ut efficiantur legatarii, aut fideicommissarii. Primo igitur, si quid fieri testator iussit, hic locum habere non potest in rem actio, cum factum non sit res, quæ dominio subiiciatur cuiusquam. Et ideo liberatione legata, idest tunc, cum iussus est heres debitorem liberare, non potest huius liberationis consequendæ caussa alia actio institui, quam in personam ex testamento, ut & olim fiebat. *L.* 3. *§. nunc de effectu legati*, *L.* 4. *de lib. lega.* Sed etsi res, quæ subsistat, legata erit; tamen de aliena re legata actio in rem competere non potest. Idemque dicendum, si pecunia, aut res aliqua sit generaliter legata; nam hæ res ideo non sunt legatarii, quia non prius fuerunt testatoris. Nemo autem plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet. *L. nemo plus, de reg. iur.* Ut autem in rem actio competat legatario, prius est, ut legatarius sit eius rei dominus, ut supra dictum. Solum ergo in rem actio competere potest de rebus, quæ fuerunt testatoris, quorum ipse dominium transferre potuit. Idque adeo verum est, ut quanvis res heredis propria sit legata; tamen nihilomagis transferatur eius rei dominium in legatarium, eoque nec in rem actio. Unde placet heredem, priusquam rem suam legatam præstiterit, posse suo iure eam alienare, & quovis modo de ea statuere, *L. si inquilinus, §. 1. de legat.* 1. Nec ad rem pertinet, quod ille locus de iure veteri scriptus est: nam etiam nunc idem ius manere oportet, si rei quæ heredis erat, dominium non transfertur in legatarium. Nunc autem non potest transferri invito herede; quoniam, ut dixi, semper verum est, testatorem eius rei non fuisse dominum, neminem autem plus iuris in alium potuisse transferre, quam ipse habuit.

Sed obstant verba huius constitutionis, *d. vers. rectius*. Quibus diserte scribitur, actionem in rem de iisdem rebus competere, de quibus & actio in personam. Respondeo; Hoc interpretes sic recte ceperunt; ut in rem actio de iisdem rebus competat, si modo rerum natura patiatur, vel ut competat de iisdem rebus, ubi per actionis naturam id fieri potest. Natura autem actionis in rem exigit, ut is, qui in rem agit, seu vindicat, eius rei dominus sit, quam vindicat. In superiores autem res quas dixi, non cadit, ut iis legatis dominium a testatore in legatarium transferatur. Quod si res testatoris legata erit, hic demum concurrent de ea re actio in personam & actio in rem; sic tamen, non ut legatarius utraque actione possit experiri, sed possit alterutra, quam elegerit, ut est in *d. L. cum filius variis, de legat.* 2. *L. huiusmodi. §. ult. de legat.* 1.

Sed hoc loco opponitur regula iuris, qua efficitur, neminem rem suam condicere posse, seu neminem posse de re sua agere actione in personam, ut intendat eam rem sibi dari oportere. *§. sic itaque, Inst. de actionib. L. ult. D. de usufr.* Id si verum est, consequens esse videtur, legatarium, qui rei legatæ factus est dominus, & ob id in rem actionem habet, non posse de ea re habere actionem in personam, etiamsi hanc solam eligat. Resp. Nihil adversatur superior regula. Nemo enim condicere potest rem suam, si condicit ut suam; vel nemo de re sua agere potest actione in personam, si, ut dixi, intendat eam rem sibi dari oportere: sed rem suam quilibet condicere potest, dummodo condicat non ut suam, sed tanquam sibi debitam; & de ea quivis agere potest actione in personam, dummodo ne petat, ut sibi res detur, quod fieri nequit, nam iam est illius facta, sed petit eam rem sibi dari, vel restitui, seu quod idem est, eius rei possessionem tradi. Nam hæc omnia de re nostra licere, traditur exemplis: unusquisque enim potest rem suam stipulari sibi restitui, & erit ei ex stipulatu actio, ut restituatur. *L. nemo rem suam, de verb. obligat.* Item constat, posse unumquemque rem suam commodare, & apud alium deponere, ita ut sit illi commodati & depositi actio ad rem suam repetendam: quæ omnes actiones sunt actiones in personam, & de re nostra competunt: sed ideo de re nostra competunt, quia his actionibus agimus de re nostra, non ut nostra; sed ut nobis debita ex stipulatu, commodato, vel deposito; nec petimus ut ea nobis detur, sed restituatur. Nihil autem prohibet, quo minus res nostra sit; & tamen possessio sit apud alium.

Hoc idem in re legata fieri intelligitur, si res testamento legata fuerit: hæc efficitur legatarii, ex quo legatario actio statim in rem nascitur: sed nihilominus idem legatarius de ea re actione in personam experiri potest, si modo intendat eam rem sibi restitui debere. Nam si petit, ut sibi detur, seipsum oppugnat; sic enim fatetur rem sibi legatam non esse: nam si ei legata esset, eius etiam facta esset; & si facta esset eius, inepte intenderet eius rei in se dominium transferri debere. Atqui de iisdem rebus legatis actio in rem non competit adversus easdem personas. Idque natura actionis efficit: nam actio in personam datur adversus eum, qui nobis est obligatus; actio in rem adversus eum, qui rem nostram possidet, aut dolo malo desiit possidere. *L. actionum, de oblig. & act. L. qui petitorio, in princ. de rei vindic.* Proinde actio in personam de legato, aut fideicommisso datur solum adversus heredem, a quo legatum est, quoniam solus est obligatus: adversus cæteros, quanvis rei legatæ possessores, non datur. Actio in rem contra adversus heredem non datur, si non possideat rem legatam, neque dolo possidere desiit. Et rursus quicunque aliquam rem meam possidebunt, aut cum possiderent, dolo desierunt possidere, tenebuntur legatario & fideicommissario.

11 Tertia † actio legatarii, seu fideicommissarii, hic prodita est actio, quæ Serviana, seu hypothecaria dicitur, *d. vers. Rectius*. Hæc actio est, quæ creditori competit de rebus illi pro debito pignori hypothecæve obligatis, est, inquam, hæc in rem actio. *§. item Serviana, Inst. de act. L. pignus, inf. de pig.* Hæc rursus non competit de iisdem rebus, de quibus superiores, neque adversus easdem personas, adversus quas 12 actio in personam. De † quibus rebus competat, hac constitutione expressum est. Competit autem de rebus testatoris solum his, quas heres consecutos est, sive quæ ad heredem pervenerunt. Exstant hæc verba in *§. sed hæc*. Et rursum in *§. ult. infr.* Ex his apparet hypothecariam actionem legatorum, seu fideicommissorum nomine non competere de rebus alienis. Et recte: nam non potest res obligari, nisi quæ in bonis debitoris fuit, *L. cum res, inf. si aliena res pign. dat.* Sed nec competit de rebus heredis: nam hæ res neque sunt, neque fuerunt antea unquam testatoris. Hæc autem constitutio solum testatoris res obligat. Sane si post sex menses petatur ab herede, ut satis det fideicommissi nomine, neque satisdat: constitutum est, ut fideicommissarius, si postulet, mittatur in bonorum possessionem etiam heredis: post quam missionem, ut supra dictum, incipiant res heredis pignori esse. Estque id genus pignorum prætorium, *L. certa, inf. ut in possess. legat.* Sed hoc nihil huic constitutioni adversatur, ubi de pignore & hypotheca agitur, quæ statim constituitur legati & fideicommissi nomine, & constituitur sine ulla missione in possessionem.

Sed nec de rebus testatoris omnibus actio hypothecaria legatario aut fideicommissario competit. Nam de rebus ipsis legatis nullo modo datur, propterea, quod, ut supra est effectum, hæ res sunt legatarii & fideicommissarii: nulli autem res sua pignori esse potest, *L. neque pignus, de reg. iur.* Neque hoc adversatur definitioni huius constitutionis. Et potius maxime hanc definitionem confirmat: nam res testatoris legatæ non perveniunt ad heredem, seu heres eas non consequitur; sunt enim legatarii & fideicommissarii, non heredis. Ex iisdem verbis definitionis superioris efficitur, quod Iustinianus *hac L. §. ult.* constituit, nempe si plures erunt heredes testatoris, & a quibusdam relictum sit in portionem singulorum, solum teneri hypothecaria eas res, quæ sunt singulorum, non autem res coheredis; quoniam res coheredis ad alterum coheredem non pervenerunt. Nunc autem Iustinianus vult solum eas res teneri, quæ ad heredem pervenerunt. Sit hoc exemplum: Duo sunt heredes instituti, ab his 100. legata sunt. Mortuo testatore singuli debent 50. Sic enim dividuntur inter heredes ea, quæ sunt in nominibus, *L. ea quæ, sup. famil. erciscund.* Dicimus, si unus ex his portionem non solvat, posse res has testatoris, quæ ad eum pervenerunt, conveniri hypothecaria actione. Res autem, quæ ad alterum pervenerunt heredem, conveniri eo nomine non possunt, neque earum rerum possessores.

Huic loco opponitur *lex 2. inf. si unus ex pluribus hered.* ubi pro eo, quod unus ex heredibus debet, etiam res alterius coheredis pignoris nomine conveniri possunt. Sed locus is nihil ad rem pertinet. Nam illic agitur de ea specie, cum obligatio & pignus a defuncto inceperint, cum defunctus debere cœpit pecuniam, & in eam pecuniam res eius sunt obligatæ. Quemadmodum enim pro minima parte debiti res omnes defuncti erant obligatæ, *L. si rem, §. omnis, de pignor. actio.* Sic & pro quacunque parte huius debi-

debiti, omnes res eius tenebuntur. Itaque pro debito unius heredis, etiam res alterius coheredis convenientur, si testatoris fuerunt; nam prius erant obligatæ. Ex personis autem heredum non immutatur conditio obligationis, *L. 2. §. ex his, de verb. oblig.* Et in pignore ex persona possessorum non immutatur conditio pignoris, *d. L. 2. infr. si unus ex pluribus hered.* At hic agitur de legato & fideicommisso; huius obligatio ab heredibus incipit, & propterea ab his quoque incipit pignus & hypotheca: cui rei consequens est, non nova aut singulari ratione iuris, sed communi, ut in id quod singuli heredes debent, non possint obligatæ esse, nisi res, quæ sunt singulorum; quia pignus oportet esse, quod constituitur in bonis debitoris, *L. cum res, inf. si aliena res pigner. dat.*

Sed nec semper in omnibus legatis & fideicommissis hypothecaria actio locum habet, etiam adversus res, quæ testatoris fuerunt, & ad heredem pervenerunt; quoniam interdum non est necessaria. Id contingit in liberatione rei legatæ, cuius consequendæ nomine nihil amplius habet debitor, quam exceptionem, si conveniatur, aut actionem in personam ex testamento, ut liberetur per acceptilationem. In rem agere non potest, quia liberatio non est rei quæ sit in dominio nostro: hypothecaria etiam non potest agere, quia pignus tantum huc spectat, ut agenti cautum sit.

Liberatione autem legata satis debitori est consultum, quia propter exceptionem liberationem iam consecutus intelligitur. Id traditur in *L. 1. §. si debitori, D. ut in possess. legat.* Hypothecaria, ut dixi, in rem actio est, unde intelligitur, hanc non competere, nisi adversus eos, qui res testatoris, quæ ad heredem pervenerunt, possident, aut dolo malo desierint possidere. Cæterum si possident, aut dolo desierunt possidere, omnes tenebuntur, & maxime extranei, a quibus nihil est relictum, *L. si fundus, §. in vindicatione, de pign. d. L. 2. infra, si unus ex pluribus.*

13 Notandum est, non tantum † has actiones tres legatorum, aut fideicommissorum nomine proditas esse adversus heredem, a quo quid relictum est: sed etiam proditas esse adversus legatarios & fideicommissarios singulares, a quibus rursum alteri quid legatum, aut fideicommissum est, quod nominatim cavetur in hac *L. §. Et hæc dispesnimus.* Exempli gratia, Testator ita scripsit: *Fundum Tusculanum Primo do, lego, ab eo peto, ut ædes illas det Secundo.* Dicimus Secundo adversus legatarium Primum, item de eo, quod a Primo est relictum heredibus, has actiones tres competere, in personam, in rem, & hypothecariam. Sed unde in personam actio adversus legatarium? Respondeo ex eo, quod legatum fundi agnoscendo, intelligitur tacite etiam se voluntati defuncti subiecisse, & ita quasi contraxisse cum fideicommissario Secundo, ut supra, *de hered. act.* dictum. Unde autem actio in rem huic fideicommissario Secundo? Resp. Ex eo, quod ubi Primus fundum legatum agnovit, statim ædes in fideicommissarium sunt translatæ, si etiam testatoris fuerunt, & Primo legatario simul legatæ sunt; alioqui si ædes testatoris non fuissent, aut fuissent quidem, sed non Primo essent legatæ, aut non potuissent a Primo restitui, Secundi fideicommissarii fieri non possent. Hypothecariam autem actionem fideicommissario Secundo competere sic intelligendum est, si a Primo legatario alia res sit relicta, quam quæ Primo legata erat, ut in specie proposita fundus Primo legatus erat, ædes Secundo: hoc casu dabitur Secundo hypothecaria adversus fundum Primo legatum. Quod si proponeremus fundum Primo legatum, & ab eo petitum esse, ut fundum huic Secundo restitueret, non posset actio hypothecaria Secundo hoc casu competere. Non enim potest competere de aliis rebus, quam quæ testatoris fuerunt. Rursum non potest competere de fundo legato; quia hic incipit transire a Primo ad Secundum ipso iure, *L. neque pignus, de reg. iur.*

Notandum † præterea, quod in eodem 14
§. sed hæc, h. t. dicitur, a fideicommissario & legatario relictum non valere, nisi aliquid lucri legatario accesserit. Hoc falsum prima fronte videri potest. Nam certi iuris est, quantum cuique testamento datum est, tantum ab eo fideicommitti posse, *Instit. de singul. rebus, & in princ. & §. 1.* Idque adeo verum est, ut si id, quod est legatum, iussus sit legatarius totum restituere, quartam ex lege Falcidia deducere non possit; quod tamen beneficium heredibus tribuitur, *L. lex Falcidia §. ult. ad leg. Falcid.*

Ideo veteres quidam moti sunt hoc loco. Existimaverunt enim his verbis huius legis emendari *L. ex Falcidia 47 §. ult.* & rem huc deduci, ut nunc etiam ex legatis & fideicommissis Falcidia detrahi possit a legatario & fideicommissario, a quibus supra dodrantem legati, aut fideicommissi est relictum, Sed hoc aut imperite

fit, aut veteratorie. Nam cum constet, quid Iustinianus hoc loco senserit, aut imperitia est non intelligere, aut veteratorium contempta sententia verba captare. Apparet vero, Iustinianum hic sentire, non valere fideicommissum relictum legatario, si legatario nihil lucri accedat, & cum ab illo fideicommissum relinquitur, est præstandum. Cæterum si eo tempore aliquid lucri ad eum pervenit, Iustinianus sensit tantundem ab eodem relinqui posse. Id enim postea apud Iustinianum sequitur. Itaque, si quid in prioribus verbis ambiguum est, ex sequentibus interpretari debemus: ita manebit semper ius vetus, in legatariis & fideicommissariis legem Falcidiam locum non habere, Id quod legis Falcidiæ verba diserte exprimunt.

Ad L. Omne verbum. 2.

Iidem A. Iuliano *Præfecto prætorio.*

Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare, vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis, quale est, iubeo, *forte: sive precariis utatur testator, quale est,* rogo, volo, mando, fideicommitto: *sive iuramentum interposuerit: cum & hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente* ὄμνυμι, *partibus autem huiusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus. Sit igitur (secundum quod diximus) ex omni parte verborum non inefficax voluntas, secundum verba legantis, vel fideicommittentis: & omnia quæ naturaliter insunt legatis, & fideicommissis inhærere intelligantur: & contra quicquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum: & si quid tale est quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur: & sit omnibus perfectus eventus, & ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariæ, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis & fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, & secundum eius dirimatur naturam. Et nemo moriens putet legitimam voluntatem reprobari, sed nostro semper utetur adiutorio, & quemadmodum viventibus providimus, ita & morientibus prospiciatur, & si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc & legatum & fideicommissum intelligatur: & si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc & legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus. Dat. X. Kal. Mart. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.*

S U M M A R I U M.

1. *Constitutionis capita duo,*

1 Huius † constitutionis duo sunt capita. Primum; Quibuscunque verbis testamento quid relictum sit, relictum valere, dummodo intelligatur, quid senserit testator. Secundum huiusmodi, eandem naturam esse legatorum & fideicommissorum. De priore capite etiam prioribus constitutionibus Imperatorum cautum erat, *L. in legatis, sup. de legat. L. quoniam, supra, de testament.* quibus in locis diximus. Exæquatio fideicommissorum & legatorum, est Iustiniani propria, de quo attigimus supra *L.* 1. Dixi autem plenius tit. *de fideicom.*

Ad L.

Ad L. Si duobus. 3.

Idem Augustus Ioanni *Præfecto prætorio.*

Si duobus vel tribus hominibus, vel pluribus forte optio servi vel alterius rei fuerit relicta, vel si uni quidem legatario optio servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes dubitabatur inter veteres, si inter legatarios, vel heredes legatarii fuerit certatum, & alter alterum servum, vel alteram rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, & sortem inter altercantes adhibendam: ut quem sors prætulerit, is quidem habeat potestatem eligendi, cæteris autem æstimationem præstet contingentium eis partium: idest, servis quidem & ancillis maioribus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis æstimandis: minoribus vero decem annis, non amplius quam decem solidos computandis, sin autem artifices sint: usque ad triginta solidos æstimatione eorum procedente, sive masculi, sive fœminæ sint: exceptis Notariis, & Medicis utriusque sexus: cum Notarios quinquaginta solidis æstimari velimus, Medicos autem & obstetrices sexaginta. Eunuchis minoribus quidem decem annis, usque ad triginta solidos valentibus: maioribus vero usque ad quinquaginta, sin autem artifices sint, usque ad septuaginta.

S U M M A R I A.

1. *Ubi plures, quibus optio est relicta, discordant in eligendo, sorte dirimitur.*
2. *Incertum ubi est, cui ex pluribus aliquid detur, nulli certo dare oportet.*
3. *Duobus cum res legata est, inter legatarios scindetur legatum.*
4. *Optione secuta, perinde est, quasi sine optione legatum esset.*
5. *Constitutioni huic quando locus sit.*

TEstator ita scripsit: *Primo & Secundo, Stichi, aut Pamphili optionem do.* Item, cum Titio Stichi, aut Pamphili optio esset legata, Titius priusquam optaret, decessit pluribus heredibus relictis, ut iam incipiat optio Stichi, aut Pamphili ad duos quoque pertinere. Si ambo legatarii in unum aliquem ex his servis consentiant quem optent, is debebitur, si alienus est; sive testatoris, is legatariorum proprius esse incipit, *L. apud, de optione legat.* Sin iam legatarii inter se dissentiant, atque ita se mutuo impediant, quo minus hic vel ille servus eligatur; hic singulare & novum ius est constitutum. Hu-
1 iusmodi † nempe controversiam tunc inter legatarios dirimendam esse sorte, ut cui obtigerit sors, is solus electionem habeat. Hoc amplius, cum quis optaverit, rem quæ electa est, solius eius in dominio esse, qui optavit; hac tamen lege, ut portionis alii collegatario debitæ æstimatio ei præstetur. Deinde addit, quanti servus sit æstimandus.

Novum autem non est & singulare, quod res in hac specie sorti committitur. Nam per sortem uni datur optio, cum secundum regulam iuris, ubi † incertum est, 2
cui ex pluribus aliquid detur, nulli certo dare oportet, *L. si fuerit legatum, de rebus dub* Sed hoc constitutum est a Iustiniano, ne voluntas defuncti intercidat, si dissentientibus legatariis nulla sit optio. Præterea & illud præcipue singulare est, quod ei cui sors obtigit, Iustinianus totam rem optatam tribuit: nam duobus hæc res legata est secundum regulam iuris, cum duobus † res legata est, inter legatarios 3
scindetur legatum, *L. cui fundus, de condit. & demonstr.* Nec ad rem pertinet, quod

quod in hac specie uni tribuitur optio: 4 Nam optione † secuta, perinde habetur, quasi sine optione legatum esset, *L. apud, de opt. legat.* Sine optione autem res duobus legata ex æquo ad utrumque pertinebit, ut dixi. Sed tamen non est iniquum, quod hic Iustinianus constituit, propterea quod in hac re æqualis est utriusque legatarii conditio; nam sors a principio tam potuit uni, quam alteri contingere. Hæc æqualitas facit, ut neuter in hac re iniuria afficiatur, argum. *L. de fideicommisso, supr. de transactio.* Et si is, qui non optat, putat sibi damnosum esse, quod partem rei non habeat, de se queri debet, quia per eum factum est, ut res ad sortem deduceretur, cum ipse non consentiret, qui servus optaretur.

5 Notandum est autem † huic constitutioni tunc demum esse locum, cum res una ex duabus pluribusve legata est duobus aut pluribus, nempe ea quæ optata erit. Diversum est, si duobus res diversæ sint legatæ, qui tamen mutuo dissensu se impediant, quod contingit in hac specie, cum duobus eiusdem fundi ususfructus legatus est alternis annis. In hac specie placet, si legatarii concurrerent in eundem annum, eos se impedire, neque res forte dirimitur, *L. 2. §. ult. D. quibus modis ususfruct. amitt* Hæc ratio est, quia in hac specie utrique legatario suus ususfructus diversorum annorum alternorum legatus est, non debet sorte hæc controversia dirimi, quia si sors uni dederit electionem primi anni; tamen alteri legatario suam electionem, & suum ususfructum adimere non debet. In specie autem huius loci, optio uni ex legatariis per sortem tributa alteri legatario nihil adimit, ut mox dicemus.

Rursum animadvertendum est, tunc sorti locum esse in hac specie, cum duobus optio legata est rerum legatarum. Diversum est, si optio actionum tributa est lege pluribus legatariis. Exempli caussa, is, cui fundus erat legatus, priusquam constitueret de legato, decessit duobus heredibus relictis. Hi heredes duas actiones habent ad legatum persequendum, vindicationem & actionem ex testamento, sed sub electione, ut eam ex his, quam velint, eligant, *L. cum filius, §. variis, de legat. 2.* Placet in hac specie, si hi heredes consentiant, qua actione agant, eos recte ea actione experiri; sin autem dissentiant & unus velit rem vindicari, alter velit in personam agi adversus heredem: placet eos se mutuo dissensu impedire, nec res sorte dirimitur, *L. huiusmodi, §. ult. de legat. 1.* scilicet, quia alia caussa est actionum plurium pluribus tributarum, & alia rerum legatarum. Nam cum optio rerum legata est, & uni ex legatariis optio ea tribuitur, nihil adimitur collegatario. Non optio, quia eam neuter prius habuit; non res legata, quia ea ante optionem neutri debetur, & neutrius est, *d. L. apud, de opt. leg.* At plures actiones legati nomine competentes statim a principio sunt iure proprio heredum, ut etiam antequam eligant, actionem habeant, qua experiantur. Proinde nec uni electionem dabimus, ne ei electionem dando, alteri coheredi actionem ipsi quæsitam adimamus, quod est contra ius, contraque æquum & bonum, *L. ult. in fin. C. de pact. L. 2. de his, qui sunt sui, &c.* Exemplum *L. sancimus, §. sin autem in huiusmodi, infra, de donat.* ad hunc locum plane nihil pertinet; quia illic optio non duobus datur, sed uni.

Ad §.

Ad §. Sed etsi quis optionem.

Sed etsi quis optionem servi, vel alterius rei reliquerit, non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel non potuerit, vel morte fuerit praeventus: & in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit: utrumne legatum exspiret, an aliquod ei inducatur adiutorium, ut viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere iussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocunque decesserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem: Ita tamen, ut non optimum ex servis, vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediae aestimationis: ne, dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

SUMMARIUM.

1. *Optio quando & quibus casibus ad legatarium transeat.*

SI optio Stichi, aut Pamphili alicui legata sit, quando non legatarius, sed Titius extraneus optarit, secundum verba, legatarii optio non est. Si Titius extraneus vel non possit, vel nolit optare, Iustinianus constituit, duobus hisce casibus †
1 optionem ad legatarium transire: uno, si mortuus erit Titius, quia iam certum sit, illum optare non posse: altero, si vivus optare nolit, aut non possit, & unus annus praeterierit, ex quo optare debeat. Hic opponitur, *Lex 1. de legat.* 2. ubi traditur, legatum in alterius extranei arbitrium collatum, videri in arbitrium boni viri collatum, ita ut nullam conditionem, nullamque moram recipiat, secundum quam sententiam in proposito diei debuit, ut videtur, Titio non arbitrante confestim optionem legatario dari debere, quia bonus vir ita arbitraretur, & quia non deberet exspectari longior mora.

Respond. Aliud est conferre in arbitrium extranei aliquid, aliud in optionem & electionem. Extranei arbitrium significat voluntatem eum iudicio & aequitate coniunctam, quod illis exprimitur verbis, *si arbitratus fuerit, si existimaverit, si putaverit, si ei videbitur, L. 40. §. quanquam, de legat.* 3. At electio & optio nudam & veram voluntatem eligentis continet, ut possit, qui eligit, eligere etiam deterius, prout ipsi libitum fuerit: cum in voluntatem interdum alterius aliquid confertur, ab ea voluntate non receditur, *L. si sit legatum, de legat.* 1. Proinde merito hic exspectatur, donec Titius moriatur, aut intra annum non possit, aut nolit optare.

Sed ex hac solutione incidemus in contrariam difficultatem. Nam si optio in voluntatem meram collata est, non modo aliquod tempus exspectari debet, dum optet, sed etiam illo non optante, optio erit nulla, nec ad alium recurret, *L. ult. supra, de contrah. emptio. L. si quis arbitratu, de verb. oblig.*

Respondeo, secundum verba ita etiam dici debuit in proposito, sed Iustinianus defuncti spectavit sententiam: nam optionem in personam Titii contulit, non Titii, sed legatarii caussa. Proinde aequum, hanc legationem ad legatarium suo tempore redire. Cur igitur non statim ad collegatarium transfertur, ut sic voluntas defuncti confirmetur? Respond. Mediam viam est secutus Iustinianus in voluntate obscura, ut in rebus obscuris & perplexis fieri consuevit, *§. penult. Inst. quibus ex causs. manum. L. ult. in fin. si pars hered. pet.*

Ad §.

Ad §. Sed quia.

Sed quia nostra maiestas per multos casus legatariis, & fideicommissariis prospexit, actionesque tam personales, quam in rem & hypothecarias dedimus, & in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est: & ad hanc legem pervenimus. Nemo itaque heres ea quæ per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis dispositа sunt, vel substitutioni supposita, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo adsignanda, vel mancipia manumittenda: Sed sciat hoc quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii exsistens, alieno iuri applicari; quia satis absurdum est, & irrationabile, rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignorisve nomine obligare, vel manumittere, & alienam spem decipere.

S U M M A R I A.

1. *Actionis in rem de rebus legatis & fideicommissis constitutæ effectus.*
2. *Res pure, aut in diem legata fideicommissave ab herede neque alienari, neque pignori obligari, neque manumitti potest.*

1 IN his, † quæ sequuntur, constituitur effectus actionis in rem de rebus legatis & fideicommissis constitutæ. Ergo si rei legatæ, aut fideicommissæ dominium in legatarium, aut fideicommissarium transit, ex *L. 1. supr. hic*. Consequens † est,
2 quod hic dicitur, rem pure aut in diem legatam fideicommissamve, ab herede neque alienari, neque pignori obligari, neque manumitti posse. Consequens inquam; quia si legatarius & fideicommissarius domini sunt, heres non est dominus. Porro qui non est dominus, dominium transferre non potest, *L. traditio, de acquir. rerum domin.* qui rem non habet, transferre non potest, *L. si dominium, infr. de pign.* nec potest quis manumittere servum, qui servum in sua manu & potestate non habet.

Et hæc ita dicit Iustinianus se constituere, quanvis secundum veterem dispositionem aliud observetur. Quod ideo dicit, quia fideicommissi dominium non transibat in fideicommissarium olim, sed tantum dabatur fideicommissario in personam actio, eademque actio sola in legatis locum habebat, quæ relicta erant per damnationem, Theophil. *§. 1. Inst. de legat.* Nunc sublata & legatorum & fideicommissorum differentia, consequens fuit, ut de omnibus constitueret id, quod hic constituit. Iuris autem illius antiqui, quod dixi, licere etiam heredi res fideicommissas alienare, argumentum est certum, *L. si heres, §. 7. ad Trebell.*

Animadvertendum puto in fideicommisso hereditatis, si heres ignarus fideicommissam rem aliquam hereditariam bona fide vendiderit, dum putat expedire, & vendiderit ignoranti, hoc casu venditionem servandam esse, ut & olim, *§. ult. h. L. 2. de legat. 2.* Neque obstat constitutio; quia cum fideicommissum hereditatis relinquitur, videntur singulæ res relictæ, aut pretium earum, & pretium tantum, ubi heres vendidit eas res bona fide, ignarus fideicommissas esse.

Ad §.

Digitized by Google

Ad §. Sin autem sub conditione.

Sin autem sub conditione, vel sub incerta die fuerit relictum legatum fideicommissum universitatis, vel speciale, vel substitutione, vel restitutione, melius quidem faciet, si & in his casibus caveat ab omni venditione, vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem avaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem vel hypothecam prosilierit: sciat, quod conditione impleta ab initio caussa in irritum devocetur, & sic intelligenda est: quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in huiusmodi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub conditione, sive sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem, vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi adsignare nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

S U M M A R I A.

1. *Res sub conditione legata, aut fideicommissa, pendente conditione ipso iure est heredis: proinde eam ipsi distrahere licet.*
2. *Secus, si conditio legati, aut fideicommissi exstiterit.*
3. *In emptorem si dominium translatum sit, quomodo ab eo domino res auferri possit.*

1 Consequens etiam superioribus id, quod hic cavetur; Si res † sub conditione legata, aut fideicommissa sit, pendente conditione ipso iure est heredis: ac proinde interim omnia tribuuntur heredi, quæ domino, *L. quæ post*, §. 1. *D. famil. hercisc. L.* 1. §. *si filio, ad Trebell.*

Proinde heres pendente conditione rem legatam distrahet, & in emptorem transferet dominium, utpote dominus, §. *per traditionem*, *Institut. de rerum divis.*

2 Sed † si conditio legati, aut fideicommissi exstiterit: eveniet contra, ut legatarius aut fideicommissarius rem vindicare possint, quasi prius nulla venditio præcessisset, scilicet quia conditione exsistente legatarius & fideicommissarius domini esse incipiunt rei legatæ, aut fideicommissæ. Idemque in rebus legatis olim ius fuit, ne quis putet ius per omnia hic novum constitui, *L. servo legato*, §. 1. *de legat.* 1. Sed non omnium rerum legatarum, aut fideicommissarum dominium transibat in legatarium, aut fideicommissarium, ut supra dixi: & circa has res Iustinianus hic ius novum constituit. Sed † eum in emptorem dominium translatum sit, quomodo ab eo domino res auferri potest? 3

Respond. Soluto iure dantis, solvitur ius accipientis, *L. lex vectig. D. de pignor.* Heredis ius in re sub conditione legata, solvitur impleta conditione, proinde, necesse est eadem conditione solvi ius emptoris.

Ad §. ult. Emptor.

Emptor autem sciens rei gravamen adversus venditorem actionem habeat tantum ad restitutionem pretii, neque duplae stipulatione, neque melioratione locum habente: cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoratitia contraria actione adversus debitorem competente: ut ex omni parte, omnique studio id, quod semper properamus, ad effectum perducatur, & ultima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur, bonae fidei proculdubio emptoribus integra iura, & nullo modo ex hac constitutione deminuta, contra venditores habentibus. Datum Kal. Septemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.

SUMMARIUM.

1. *Re legata, aut fideicommissa vendita, & emptori a legatario & fideicommissario evicta, quomodo consulatur emptori ob evictionem.*

SI heres rem legatam, aut fideicommissam vendiderit, ea res emptori a legatario & fideicommissario evinci potest, ut supra dixi. Re † evicta quomodo con-
1 sulatur emptori ob evictionem? Hic duo singularia constituuntur. Primum, si emptor nominatim sibi caverit de evictione, tunc haec poena adversus eum constituitur, ne agere possit ex stipulatione & cautione. Rursum, quanvis nihil caverit de evictione; tamen constituitur, ut habeat regressum adversus heredem venditorem saltem, usque ad pretium, quod dedit. Hoc quoque singulare & contra ius; quia ei, qui sciens rem alienam emit, actio de evictione non datur. *L. si fundum, inf. de evict.* Sed Iustinianus prius constituit recte, coercendi emptoris caussa. Posterius autem constituit per consequentiam prioris; quoniam qui in una re oneratus est emptor, debuit alia parte sublevari, *L. eum, qui D. de iureiurand.*

Ad Authen. *Res, quae.*

Res, quae subiacent restitutioni, prohibentur alienari quidem, vel obligari. Sed si liberis portio legitima non sufficit ad dotis, sive donationis propter nuptias obligationem: permittitur res praedictas in eam caussam alienare, vel obligare pro modo honestati personarum congruo. Ea enim, quae communiter omnibus prosunt, his quae specialiter quibusdam utilia sunt, praeponimus.

SUMMARIUM.

1. *Filii, aut filiae heredes instituti, rogati hereditatem restituere, ante omnia legitimam portionem habere debent.*

1 SI filii, † aut filiae heredes instituti, rogati sint hereditatem restituere, hi ante omnia legitimam portionem habere debent. Quod si aut dotem, aut donationem propter nuptias dederint, prius ea solvere debent de legitima sua, si legitima non sufficit, possunt deducere de bonis paternis, aut aliter consequi id, quod ad donationem, aut dotem praestandam sufficiat, usque adeo: ut in eam caussam alienari possint & retineri res restitutioni subiectae, quae exceptio est superioris constitutionis. Hunc locum mihi videtur Accursius recte exposuisse in *Nov. de restit. & ea, quae parit. &c. §. quamobrem*, ad verba, *si non suffecerit.*

AD TITU-

AD TITULUM XLVIII.

COD. AD SENATUSCONSULTUM TREBELLIANUM.

SUMMARIA.

1. *Fideicommissa hereditas quid?*
2. *Ratio inscriptionis, sive rubricæ.*
3. *Ordinis & methodi ratio late explicatur.*
4. *Differentiæ duæ inter fideicommissum hereditatis, & fideicommissum rerum singularum.*
5. *Summa huius loci quinque quæstionibus proposita.*
6. *Heres an fideicommissum restituere debeat.*
7. *Fideicommissum quando recte relictum dicatur.*
8. *Si heres institutus, rogatus restituere, hereditatem adire nolit, ut ita fideicommissum intercidat: quid constitutum sit.*
9. *Fideicommissum quando restitui debeat.*
10. *Quid & quantum veniat in restitutionem fideicommissi.*
11. *Fructus rerum hereditariarum an fideicommissario restituendi sint.*
12. *Heres quando moram in restitutione facere dicatur.*
13. *Hereditas quomodo restituatur.*
14. *Quis restitutionis effectus.*

Hoc titulo agitur de fideicommissis
1 hereditatibus. Est † autem fideicommissa hereditas, de qua restituenda aliquis rogatus est: nam fideicommittere, ut restituat, & rogare, ut restituat, idem valent. Sunt enim omnia verba fideicommissi *Instit. de fideicomm. hered.* Quod
2 autem † inscribitur, *ad Senatusconsultum Trebell.* eo fit, quia hoc Senatusconsulto de restitutione fideicommissæ hereditatis cautum est. Inde inscriptio eiusdem tit. *Instit. de fideicommiss. hered. & ad Senatusconsultum Treb.* ubi & res, de qua agitur, & ius, quo de ea re cautum est,
3 coniuncta sunt. Sed † cum fideicommissaria hereditas sit species fideicommissi, cur de hac ipsa tractatum non est supra tit. *de fideicomm. rer. singularum?* Resp. Quia fideicommissaria hereditas proprium quoddam ius est, separatum a iure fideicommissi singularum rerum. Sunt † enim
4 duæ hic differentiæ: nam si cui singulæ res aut legatæ, aut fideicommisso relictæ sunt, is cogere non potest heredem, a quo relictæ sunt, ut hereditatem adeat, & legata præstet: at quisquis est, cui heres rogatus est restituere hereditatem universorum bonorum, is heredem cogere potest, ut hereditatem adeat & restituat, *L. nam quod, §. ult. & seq. D. eod.* Altera est, quod omne legatum & fideicommissum singularum rerum ad legatarium pertinet sine ullo onere æris alieni. Contra is, cui hereditas ex fideicommisso restituitur, obligatur omnibus oneribus hereditariis ut heres, *L. ult. sup. de hered. act. L. si hereditatem, D. de hered. vel act. vend. L. 1. D. eod.* Sed cur non prius de fideicommissariis hereditatibus actum est, quam de fideicommissis rerum singularum, cum in Institutionibus id sit factum. Prior enim est titulus de *fideicom. hereditatib.* sequitur alter *de singulis rebus per fideicommissum relictis?* Et vere præstantior est hereditas, quam singulæ res, ut videatur de hereditate restituenda prius agi debuisse. Respond. Si res relictas tantum Inspiceremus, prius de hereditate fideicommissaria restituenda agi oportuit: res enim maior est & præstantior rebus singulis; universitas his rebus, quæ universitate continentur. Sed sub hoc titulo non agitur tantum de fideicommissa hereditate restituenda, sed de fideicommissi imminutione, quæ constituta est Senatusconsulto Pegasiano, §. *sed quia heredes, Instit. de fideic. hered.* Hanc imminutionem nos spectamus; naturæ ordo postulat, ut priori loco de rebus testamento relictis agatur, quam de relictis minuendis. Qua ratione factum est, ut post tractationem hereditatum testamentariarum, item agnatarum & fideicommissarum, ad extremum sit subiecta tractatio ad L. Falcid. qua lege de minuendis legatis cavebatur. Sed cur ob hanc caussam non præponitur titulus ad *L. Falcid.* ut *in Inst.* & D. est factum? Respond. Uterque ordo,

ordo, & qui hic servatur, & qui servatur illic, rectus est, & suam rationem habet, prout diversas res spectamus. Lex Falcidia de legatis minuendis prius lata est, quam Senatusconf. Trebellianum constitutum. Hoc amplius, quod Senatusc. Pegasiano cautum est, ut heres rogatus hereditatem restituere, possit retinere quartam, ad exemplum L. Falcidiæ cautum est *d. §. sed quia, Instit. h. t.* Proinde cum & tempus spectamus, quo hæc L. constituta fuit, & similitudinem, quam legislatores hic secuti sunt, prius est, ut de L. Falcidia cognoscatur, quam de Senatusconsulto vel Trebelliano, vel Pegasiano. Prius enim est id, ex quo exemplum deducitur, quam exemplum, quod inde ducitur.

Rursum quoniam sub hoc titulo *ad Senatusconsultum Trebell.* non tantum de imminutione fideicommissi, sed etiam de hereditatis restitutione agitur, non male fit, si habita rei de qua agitur, ratione, prius de fideicommissa hereditate agitur hac lege, quam de singulis legatis & fideicommissis quæ lege Falcidia minuuntur.
5 In summa † de fideicommissis hereditatibus restituendis locus his breviter continetur. Nam cum constabit aliquem heredem rogatum esse a defuncto, ut hereditatem restituat, primo quærendum est, an fideicommissum restituere debeat; secundo loco, si restituere debet; quando debeat; tertio, quid & quantum veniat in eam restitutionem; quarto, quomodo hereditas restituatur; postremo, restituta hereditate, quid inde apud heredem maneat, quid in fideicommissarium transferatur, & in summa restitutionis effectus quis sit.

6 Prima quæstio † est, an fideicommissum heres restituere debeat? Dicimus fideicommissum omne, quatenus fideicommissum est, iure valere; sed non continuo fideicommissario hereditas restitui debet, sed his conditionibus, si & fideicommissum recte relictum est, & is qui rogatus est, adierit, vel quo alio modo
7 acquisierit hereditatem. Recte † fideicommissam hereditatem relinquit, si rite relinquitur, & ab his, a quibus oportet, & quando oportet. Rite relinquitur citra controversiam testamento, *§. in primis. Inst. eod.* sed & rite relinquitur codicillis. Quod enim dicitur hereditatem codicillis dari non posse, tunc locum habet, cum hereditas directo datur, quod fit herede instituto, aut substituto; non etiam cum hereditas relinquitur verbis precariis seu fideicommissariis, *L. 2. sup. de codicill.* Quisquis autem est, ad quem hereditas nostra perventura est, recte rogatur ut eam restituat, ut sunt primo scripti a nobis, *d. §. inprimis:* deinde etiam heredes legitimi; nam & ab intestato fideicommissum relinqui potest. Hoc amplius & hi omnes, quibus ex fideicommisso hereditas nostra restituta est; quoniam & hi heredum loco habentur, ut postea dicetur. Hæc in *§. præterea* vers. *tum autem, Inst. h. t.* Porro hic autem fideicommissa hereditas recte relinquitur: ut & pure & sub conditione, & in diem, seu ex certo die recte relinquatur, *d. §. inprimis,* vers. *potest autem,* in quo proprium ius fideicommissarum hereditatum constituitur. Nam hereditas directe ex certo die & ad certum diem dari nequit: sed si dies adiectus fuerit, vitio temporis sublato, pro pura habetur, *§. heres, Inst. de her. inst. L. hereditas, 34. D. eod.* Quod, ut dixi, in fideicommissa hereditate danda contra observatur, & merito: quia ubi quis heres directe ad diem institutus est, nemo ante diem est heres, qui solvat creditoribus hereditariis, quod contra fit, cum quis heres institutus rogatos est post annum hereditatem restituere: nam interim heres institutus est heres, & idem, qui creditoribus hereditariis respondeat. Non est satis fideicommissum recte relinqui, ut is qui rogatus est, restituere debeat, nisi prius & ipse hereditatem adeundo acquisierit. Natura enim nemo restituere potest, quod non habet, nec unquam habuit: hereditas autem heredi non nisi adeundo, aut pro herede gerendo acquiritur, *§. ult. Inst. de her. qual.* Quid igitur † fiet, si heres in- 8
stitutus rogatus restituere hereditatem, eam adire nolit, ut ita fideicommissum intercidat? Adversus hoc periculum prospectum est Senatusconsulto Trebelliano & Pegasiano. Nam quoniam ita iusserat, ut nemo invitus hereditatem adire cogeretur, quoniam aditio voluntate constat, *L. nec emere, supr. de iur. delib.* Ideo placuit initio heredes institutos & rogatos hereditatem restituere, adeoque cæteros heredes eodem modo invitare ad hereditatem adeundam: primo, periculi aditionis metu amoto: secundo, præmio etiam adeunti constituto. Metus onerum hereditariorum iustus est in herede, qui hereditatem adit: nam hereditas adita heredem obligat æri alieno, etiamsi solvendo non sit, *L. more, de acq. her.* Nec ad rem prodest heredi, si eam hereditatem postea restituat: nam qui semel heres extitit, iure civili heres esse non desinit,

L. ait

L. ait prætor, §. *sed quod Pap. D. de minor.* & *L. ei qui*, *D. de hered. inst.* §. *restituta autem hereditate*, *Inst. de fideic. her.* Itaque non dubium est, quin hoc metu territi heredes, qui rogati erant hereditatem restituere, non facile adire hereditatem vellent. Proinde hoc metu primum liberati sunt Senatusconsulto Trebelliano, quo effectum est, ut quæ actiones iure civili heredi & in heredem competunt, hæ ei & in eum dentur, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, *L. 1. h. t.* Sed restabat adhuc hoc incommodum, quod obstabat heredibus, quo minus hereditatem adirent, quam rogati erant restituere; quia nollent hereditatem adire sine ullo, aut perexiguo lucro. Quare & huic incommodo prospectum est Senatusconsulto Pegasiano quo cautum est, ut heredibus rogatis hereditatem restituere, non minus quartam partem retinere liceat, quam per L. Falcidiam de singulis legatis retinere conceditur, §. *sed quia heredes*, *Inst. h. t.* His rebus fiebat, ut invitati heredes ad adeundam hereditatem facilius adire vellent hereditatem: sed nondum tamen his rebus perficiebatur, ut hereditatem adirent. Nam fieri poterat, ut vel non necessario metu moverentur, vel consulto hereditatem adire nollent, quo nocerent fideicommissario, vel quo voluntas suprema intercideret. Idcirco visum est eodem Senatusconsulto Pegasiano heredibus adire recusantibus necessitatem imponere. Placuit igitur, ut desiderante fideicommissario, cui hereditas restituenda est, & postulante suo periculo hereditatem adiri, cogatur heres per prætorem hereditatem adire & restituere, sine ulla exceptione, *L. 4. L. nam quod*, §. *ult. de codicill.* §. *sed si recusabat*, *Inst. h. t.* Idque usque adeo; ut quanvis heres ultro hereditatem repudiasset; nihilominus tamen desiderante fideicommissario adire cogeretur. *L. nam quod*, *in pr. D. eod.*

Hereditate hoc modo adita, cum & fideicommissum valeret, nihil aliud relinquitur heredi rogato, nisi ut hereditatem
9 restituat. Sed † quando restituere debet, statimne, an postea? quod secundo quærebatur. Res posita est in voluntate defuncti: si sub conditione fideicommissum relictum est, tunc debebitur, cum conditio exstiterit; si pure, statim & præsenti die debebitur. Hæc vis est & conditioni & aditioni adiecta *L. 1. de cond.* & *demonstr.* §. *omnis*, *Inst. de verb. oblig. L. cedere diem*, *de verb. sig.*

Tertium sequitur, † ut videndum sit, 10
cum hereditas restitui debeat, quid & quantum restituendum sit? Et quid restitui debeat, positum est in verbi significatione: hereditatem iussus est restituere; proinde id venit in restitutionem, quod hereditate continetur, id est, quod defuncti fuit, cum moreretur, *L. in fideicom.* §. *quoties*, *D. eod. L. hereditas*, *de reg. iur. L. nihil aliud*, *de verb. sig.* Hereditatis verbo eadem continentur, quæ verbo bonorum, *L. 1. 2. 3. de bon. poss.* Bonorum autem appellatione non tantum res corporales continentur, sed iura & actiones, quæ defuncto competebant, *L. bonorum*, *de ver. sig.* Proinde quæcunque actiones defuncti fuerint, hæ in fideicommissarium sunt transferendæ, *L. postumos*, §. *ult. D. eod.* Quæsitum † est de rerum 11
hereditariarum fructibus, an & hi restituendi sint fideicommissario? Et placet, si hi post hereditatem aditam ab herede percepti sint ante restitutionem hereditatis, eos duobus tantum casibus restitui debere. Uno, si testator voluerit restitui, *L. in fideic. in pr. D. eod.* Altero, si mora facta ab herede percepti sint, *d. L. eod.* In quo ius proprium legatorum & fideicommissorum notandum est. Nam in cæteris actionibus omnibus in personam, quibus nos petimus quod antea nostrum fuit, fructus etiam post moram non præstantur, *L. videamus*, §. *actionem*, *de usur.* præterquam in bonæ fidei iudiciis, *L. mora*, § *in bonæ fid. D. eod.* Sed placuit in hanc rem legata & fideicommissa bonæ fidei iudicio comparari. *L. 3 D. eod.* Moram † autem facit heres in restitutio- 12
ne hereditatis, cum a fideicommissario interpellatus opportuno loco & tempore, non restituit, *L. mora*, *D. de usur.* Quod si fructus ante moram ab herede percepti sint, neque de his restituendis rogatus sit, hi in restitutionem non veniunt, *d. L. in fideic. in pr.* & §. *quoties*, *D. eod.* Quia, ut ibi scriptum est, ii magis rebus accepto ferendi sunt. Sensus est: quia nihil ab herede restitui debet, nisi quod est hereditarium, seu quod iure hereditario receptum est. Fructus enim ex rebus hereditariis non tam iure hereditario, seu ex hereditate percipere heres intelligitur, quam ex rebus ipsis, quæ post aditam hereditatem desierunt esse hereditariæ & cœperunt esse heredis, *L. heres in rem*, *de acq. hered. L. cum heredes*, *de acquir. possess.*

Sed diligenter notandum est, hoc dici de fructibus ab herede perceptis: proinde si usuræ & pensiones ex caussa hereditaria

ria debitæ nondum ab herede exactæ sunt, non fiunt heredis, sed actio ad eas petendas tota in fideicommissarium transfertur, *L. postulante*, §. *ult. D. h. t.* Hoc amplius exigimus, ut fructus percepti sint post aditam hereditatem, ut sic fiant heredis. Nam si ante hereditatem aditam percepti erunt, hi in restitutionem venient, quemadmodum qui vivo adhuc testatore sunt percepti. *L. ita tamen*, vers. 1. *in fin. D. eod.* Et merito. Nam fructus vivo testatore percepti facti sunt testatoris; proinde in hereditate eius reperiuntur. Porro fructus mortuo testatore ante aditam hereditatem percepti a defuncto intelliguntur; quia hereditas iam adita defuncti sustinet personam, *L. hereditas*, *de acq. rer. dom.* Hæc sunt, quæ in restitutionem hereditatis veniunt; sed ita veniunt, ut debeant restitui tota, nisi quando ex SC. quarta pars apud heredem manere debet. Interest igitur, utrum heres volens adierit hereditatem, an coactus: si volens adiit, quartam retinere potest ex Senatusconsulto: quod si coactus adiit, totum restituere cogitur, quod restituere rogatus est, ita ut nullum commodum ex hereditate sentiat, *L. 4. D. eod.*

13 Quartum † sequitur, quomodo hereditas restituatur. Restitutio hereditatis non continetur traditione rerum, ut fit in rebus corporalibus, quæ non nisi traditione transferuntur, *L. traditionibus, sup. de pact.* Sed sola voluntate hereditas restituitur, sive verbis hanc voluntatem declaret heres, sive re aliqua & facto. Verbis, ut si aperte dicat fideicommissario, se illi hereditatem restituere. Re & facto, si vel rem unam minimam hereditariam restituat fideicommissario, ut velit hereditatem illi restitutam esse. *L. restituta, D. eod.* Ita restitutio hereditatis, quemadmodum & aditio hereditatis sola voluntate perficitur, dum tantum restituatur fideicommissario, qui restitutionem admittit, quod facere potest præsens, vel absens per nuntium, *L. epistolam, d. L. restituta, D. eod.*

Restituta † hereditate, extremo loco de effectu restitutionis quæritur. Hic comprehensus est SCto Trebelliano, quo, ut supra dixi, effectum est, ut omnia commoda hereditaria, & item incommoda in fideicommissarium transferantur, *d. L. restituta*. Quo SCto effectum est, ut fideicommissarii, quibus hereditas restituta est, heredum loco habeant omnia, *L. postulante*, §. *ult. D. eod.* Et hoc fit in totum, quoties tota hereditas fideicommissario restituta est. Quod si heres voluntate testatoris, aut beneficio SCti huius quartam retinuerit & dodrantem fideicommissario restituerit: evenit, ut scindantur inter eos actiones hereditariæ, item commoda & incommoda, pro portionibus unicuique competentibus, ita ut heres pro quarta parte teneatur creditoribus hereditariis ipso iure; item & legatariis & fideicommissariis: & his omnibus teneatur utili actione ex SCto, sublato iure veterum, quo observabatur, ut fideicommissarius tantum teneretur stipulationibus interpositis inter eum & heredem, de quo videndum est, quid Iustinianus scribat *in §. restituta*, §. *sed quia heredes*, §. *sed quia stip. Inst. de fideic. her.* Utriusque divisionis exempla & confirmatio petenda sunt *ex L. 12. h. t.* Alia verba inscriptionis huius tituli, de incertis personis, non sunt ferenda. Non enim agitur hic de incertis personis. 14

Ad L.

Ad L. Si ex. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Probo.

Si ex Senatusconsulto quartam partem hereditatis retinuisti, & dodrantem fideicommissario restituisti: quod creditoribus hereditariis pro novem unciis praestiteris, a fideicommissario petere potes. PP. XV. Kalen. April. Laterano & Rufino Coss.

S U M M A R I A.

1. *Restituta hereditate fideicommissarius tenetur creditoribus hereditariis iisdem actionibus, quibus heres.*
2. *Heres si quarta parte retenta ex SC. dodrantem hereditatis restituit fideicommissario, & creditoribus hereditariis quod debebatur, solvit; solutum pro dodrante a fideicommissario repetere potest.*
3. *Quid si solverit nondum restituta hereditate, nec retento eo quod solvit, restituat hereditatem, an solutum itidem pro dodrante repetere possit.*
4. *Qua actione id repetere possit.*
5. *Notanda hic quae sint.*

SI actiones, quae iure civili in heredem competunt, transeunt in fideicommissarium restituta hereditate, ut transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano, *l. 1. D. h. t. §. restituta, Instit. h. t.* consequens
1 est, † restituta hereditate, fideicommissarium teneri creditoribus hereditariis, iisdem actionibus, quibus heres teneretur: nam onus aeris alieni heredis est, *L. ult. sup. de hered. act.* Si fideicommissarius tenetur creditoribus hereditariis, conse-
2 quens est, quod hic dicitur, si heres † quarta parte retenta ex Senatusconsulto dodrantem hereditatis restituit fideicommissario, & is heres creditoribus hereditariis solverit quod debebatur, eum pro dodrante repetere posse a fideicommissario, quod solvit: consequens ideo, quia ea solutione fideicommissarium liberavit, quod facere potuit, etiam pro invito solvendo, *L. solvendo, de neg. gest.* eum liberando, negotium eius gessit: negotiorum gestorum nomine est actio negotiorum gestorum ei, qui gessit, adversus eum, cuius negotium gestum est. *L. 1. 2. de negot. gest. L. 3. sup. de neg. gest.* Et hoc expeditum est, ubi heres restituta hereditate iam solvit creditoribus: sic enim, ut dixi, solvendo, vere fideicommissarium liberavit, qui iam teneri coeperat.
3 At quid si heres † nondum restituta hereditate solverit creditoribus; deinde non retento eo, quod solvit, restituat hereditatem, an quod solvit, poterit itidem repetere pro dodrante a fideicommissario? Movet dubitationem, quod heres ante restitutam hereditatem solvendo, negotium suum gerit, non fideicommissarii, seu vere se liberat, non fideicommissarium. Nam fideicommissarius nondum restituta hereditate non obligatur actionibus hereditariis, quae tunc solum transferuntur, cum restituta est hereditas, *d. L. 1. h. t.* Ita solus heres actionibus hereditariis tenebatur, & quia solus tenebatur, solvendo se solum liberat, eoque & solius negotium suum gerere videtur, atque ita efficitur, ut nullam negotiorum gestorum actionem habeat adversus fideicommissarium. Hic rescriptum est, etiam hoc casu heredem, qui creditoribus solvit, repetere posse a fideicommissario, quamvis solverit non restituta hereditate.
Sed qua † actione? Ait Accursius, ne- 4
gotiorum gestorum, quod aliis displicet. Rectissime Accursius. Nam nisi sit actio negotiorum gestorum adversus fideicommissarium, nulla esse poterit adversus eum actio. Et vero negotium fideicommissarii hac solutione aperte gestum est. Non obstat, quod heres ante restitutionem hereditatis se liberat, non fideicommissarium. Subtilitate enim iuris & praesente tempore respectu fideicommissarium non liberat: at effectu liberat, quia futurum erat, ut restituta hereditate fideicommissarius teneretur: quo minus autem teneatur, consequitur heredis solutione.

Prae-

Præterea certius dici potest, heredem, dum ante restitutam hereditatem solvit creditoribus, gerere negotium fideicommissarii, non quia eum liberat; sed quia solvendo locupletiorem faciat hereditatem, sublatis nimirum oneribus hereditariis. Quapropter cum eandem hereditatem fideicommissario restituit locupletiorem, huius rei utilitas ad fideicommissarium pertinet; facere enim ad rem & utilitatem alterius, est negotium eius gere-
5 re, *L. 2. de neg. gest.* Notandum est † autem, quod hic dicitur, heredem, qui solvit creditoribus hereditariis, non repetere a fideicommissario totum, quod solvit, sed tantum pro dodrante, idest, novem unciis. Ex quo colligitur, pro quarta parte quam heres retinuit, onus æris alieni ad heredem pertinere; unde rursus intelligitur, quod supra ad hunc titulum dictum, cum heres retenta quarta parte hereditatem restituit ex fideicommisso, inter heredem & fideicommissarium actiones hereditarias esse pro portionibus hereditariis competentibus, quod & scriptum est *in Inst. de fideicomm. hered. §. si quis una, Inst. eod.* & apertius comprehensum *L. seq. h. t.*

Ad L. Ad eum. 2.

Imp. Philippus A. & Philippus C. Iuliano.

Ad eum, cui ex Trebelliano senatusconsulto pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum præstationem pro competenti portione spectare, indubitati iuris est. PP. XVIII. Kal. Novemb. Peregrino & Æmiliano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Definitio, seu summa legis.*
2. *Onus hereditarium quid, & quatenus in fideicommissarium transeat. num* 3.
4. *An quemadmodum fideicommissarius legata pro dodrante præstare debet; ita & heres pro quarta parte retenta eadem præstare teneatur.*
5. *Verbum* partis *quid significet.*
6. *Heres quarta parte retenta, dodrantem solum restituens, pro quarta parte & nomine & reipsa heres est.*
7. *Quoties iubetur heres restituere hereditatem non quarta parte, sed una summa, aut re aliqua singulari deducta, toties omnes actiones in fideicommissarium transeunt, & ea pars, quæ apud heredem manet, sine ullo onere remanet.*

1 Definitio legis hæc est: cum hereditas fideicommissario pro dodrante † restituta est, quarta parte ab herede retenta, onus æris alieni, & item legata ad fideicommissarium spectare: sed ut dixi, pro competente portione, quæ illi resti-
2 tuta est. Onus † hereditarium est onus æris alieni, quod debetur creditoribus defuncti. Hoc onus, ut dictum est, onus heredis est; quia hic solus ex lege 12. tabularum creditoribus hereditariis tenetur,
3 *L. ult. supr. de her. act.* Id † ex senatusconsulto Trebelliano transit in fideicommissarium, restituta hereditate. Sed transit, quatenus ius & fructus hereditatis ad fideicommissarium transfertur, ut sunt verba senatusconsulti, *d. L. 1. D. hic*, Proinde pro hac solum parte onus hoc ad fideicommissarium pertinet; pro parte autem ab herede retenta heres tenetur creditoribus, *d. §. si quis una, Inst. h. t.* Hoc ius in ære alieno nullam dubitationem habet. Quæritur † de legatis, an 4
quemadmodum fideicommissarius pro dodrante ea præstare debet, ita & heres pro quarta parte retenta ea præstare debeat? Non dubitaremus, nisi Accursius & alii hunc secuti statuerent, legata solum a fideicommissario deberi, ab herede autem qui solam quartam hereditatis retinuerit, non deberi, quod statuerunt in *L. 1. §. ult. D. eod. L. ult. inf. eod.* Qua sententia nihil magis falsum est, proinde adversus eam confirmandi sumus,

Sic

Sic igitur statuamus, legata testamento relicta, aut codicillis, restituta hereditate scindi inter heredem & fideicommissarium, itidem ut onus æris alieni, ut ea ab utroque præstentur, pro portionibus hereditariis, quæ illic obtigerunt. De fideicommissario non dubitatur; de herede non minus ius certum est. Id probatur verbis huius legis, ubi dicitur, legata ad fideicommissarium spectare solum pro competente portione: ex quo intelligimus pro alia parte, quæ heredi competit, id onus ad heredem spectare, quemadmodum & de actionibus idem fieret. Nec cavillari verba oportet, ut facit Accursius: nam in principio huius rescripti agitur de eo, cui pars hereditatis restituta est. Accursius ait, hoc intelligi debere de eo fideicommissario, cui heres rogatus est restituere dimidiam tantum partem hereditatis; quo casu fatentur, legata dividi inter heredem & fideicommissarium pro æquis partibus. *L. 1. §. pen. D. eod.* Et moventur eo,
5 quia † verbum *partis* dimidium significat, ut traditur diserte in *L. nomen, §. 1. de verb. signific.* Sed additur ibidem *partis* nomen non semper significare dimidiam, & generaliter non significare tunc, cum additum est aliquod verbum, quod aliam partem, quam dimidiam demonstrat, ut si quis dixerit, partem dimidiam, quartam, tertiam. Id hoc loco factum est: nam quæ initio huius legis dicitur pars, ea postea dicitur pars fideicommissario competens. Scimus autem partem fideicommissario competentem esse dodrantem, non autem dimidiam. Omissis huius legis verbis, ratione minime dubia efficitur heredem pro quarta parte hereditatis retenta teneri ad præstandum legata. Nam certi iuris est, onus legatorum esse onus heredis non minus, quam onus æris alieni. Id probat definitio legati. Dicitur enim legatum donatio testamento relicta ab herede
6 præstanda. *§. 1. Inst. de leg.* At cum † heres quarta parte retenta dodrantem solum restituit, pro quarta parte, & nomine & reipsa heres est. Nomine, quia heres semel factus, nunquam iure heres esse desinit, quanvis hereditatem restituit, *§. restituta, Inst. hic L. ait prætor, §. sed quod Papinian. D. de min.* Re quoque heres est; quoniam eatenus hereditatis partem & emolumentum retinet; proinde iure eatenus onus legatorum & æris alieni ad eum pertinere debet. Idem evidenter colligitur ex Senatusconsulto: nam verbis Senatusconsulti ante restitutam hereditatem declaratur, omnes actiones in heredem competere, quæ intelliguntur actiones æris alieni & legatorum; neque hæ actiones ab eo discedunt, nisi in fideicommissarium transeant: at quoties restituitur hereditas pro dodrante, solum actiones pro ea parte in fideicommissarium transferuntur, ut intelligitur ex verbis eius Senatusconsulti: nam en cautum est, ideo transferri actiones in fideicommissarium, quia ius & fructus ad eum transeunt: ex qua ratione intelligimus, quatenus fructus hereditatis in fideicommissarium transeunt, eatenus actiones in eum transire, quatenus vero non transeunt, eatenus nec transire actiones, quia ratione legis cessante, legi locus non est, *L. quod dictum, D. de pact.* Eodem pertinet, quod generaliter definitur in *d. §. si quis una, Inst. eodem*, quoties heres, retenta quarta parte hereditatis, dodrantem restituit, scindentur inter heredem & fideicommissarium actiones, quibus heredes tenentur. Generaliter dictum est, *actiones*. Hæ autem non sunt tantum æris alieni, sed & legatorum, quibus pariter heres tenetur. Nihil ad rem pertinet *L. 5. §. ult. D. eodem.* Nam in exemplo eius loci heres quartam hereditatis non retinet, sed totam hereditatem restituit fideicommissario. Quo casu solus fideicommissarius tenetur, ut æri alieno sit obligatus, quod Senatusconsulto efficitur. Id autem ut intelligatur ita esse, observandum est, in specie illius loci heredem institutum rogatum esse, restituere hereditatem, deductis centum. Scire autem oportet, quoties † 7
iubetur heres hereditatem restituere non deducta quarta parte hereditatis, sed una summa deducta, aut aliqua certa re singulari, toties omnes actiones in fideicommissarium transire, & eam partem, quæ apud heredem manet, sine ullo onere remanere, ut diserte in *d. §. si quis, Inst. h. t.* dictum est. Et redditur alia ratio manifesta, quia hoc casu iure singulari non heredi, sed legatario locus est; certi autem iuris est, heredes omnibus legatariis non premi *L. ult. supr. de her. action. L. si hereditati, D. mandati.* Idem responsum esse volumus ad *L. ult. h. t.* ubi fideicommissarius solum legatum præstitit, sed ideo, quia proponitur tota hereditas illi restituta esse. Ad extremum scindi legata inter heredem & fideicommissarium, diserte scriptum est *L. 1. §. pen. D. eod.* Id quidem scriptum est in ea specie, cum heres iussus est dimidiam tantum hereditatis restituere. Sed quemadmodum heres dimidiam hereditatis retinens, dimidium legatorum præstare debet: sic quartam retinens legata præstare debet pro portione.

Ad L. Si per. 3.

Impp. Carus, Carin. & Numerian. AAA. Zotico & aliis.

Si per fideicommissum hereditas reipublicæ relicta est: ex Trebellianico senatusconsulto (quod ab intestato quoque locum habet) quartæ partis & fructus eius vobis restitutio competit: Sine die & consule.

S U M M A R I A.

1. *Fideicommissum hereditatis etiam ab intestato ab heredibus legitimis relinqui potest.*
2. *Cuicunque hereditas ex fideicommisso restituenda est, adversus eum quarta ex senatusconsulto retineri potest.*
3. *Fideicommissarius, hereditate tota sibi restituta, heredi quartam, una cum fructibus restituere tenetur. & num. 6.*
4. *Discrimen inter partem hereditatis, quam heres fideicommissario restituere debet, & eam, quam fideicommissarius heredi restituit. Eiusdem ratio sub num. 5.*

Hic tria statuuntur, (1) Fideicommis-
1 sum † hereditatis, etiam ab intestato ab heredibus legitimis relinqui posse, *§. præterea. Instit. eod. L. eam quam,*
2 *supra, de fideicommiss.* (2) Cuicunque † hereditas ex fideicommisso restituenda est, non facere fideicommissarii ullam auctoritatem, prærogativam, aut favorem, quo minus adversus eum quarta retineri possit ex senatusconsulto, quod eodem modo constituitur, quo e converso placet quisquis est heres qui rogatus sit hereditatem restituere, nulla habita persona heredis, eum ex senatusconsulto teneri, ut hereditatem restituat, sive erit privatus, sive fiscus, sive respub. *L. recusare, §. fisco, D. eod.* Hoc ideo, quia senatusconsultum, quo de restitutione hereditatis, item quartæ retentione cautum est, de re scriptum est, non de personis; ut dicendum sit, in quibuscunque caussis eadem res sit, idest, restitutio hereditatis & quartæ retentio, in his idem ius statui debere ex senatusconsulto, neglecta personarum ratione, a quibus, aut quibus restituitur hereditas.
3 Hic † statuitur, notandum præcipue, si hereditas restituta fideicommissario tota sit, eum heredi restituere oportere quartam hereditatis, una cum quartæ fructibus, ut generaliter hoc statuendum sit, sic heredem quartam hereditatis habere debere, ut eam heres habeat cum fructi-
4 bus. In qua † parte notandum est discrimen inter eam partem hereditatis, quam heres restituere fideicommissario debet, puta dodrantem hereditatis, & inter eam partem, quam fideicommissarius hereditatem possidens heredi restituere debet, nempe quartam partem hereditatis ex Senatusconsulto. Nam heres sic dodrantem hereditatis ex senatusconsulto restituere debet fideicommissario, ut in hanc restitutionem solæ res hereditariæ veniant, fructus non veniant, sed heredis fiant; cum ab illo percepti sint post aditam hereditatem, & ante restitutionem fideicommissi, nisi aut fecerit moram in restituenda hereditate, aut nominatim fructus restituere rogatus sit *L. in fideic. in pr. §. quoties. D. ad Trebell.* Contra vero fideicommissarius si quo modo cœperit hereditatem totam possidere, quemadmodum ex senatusconsulto restituere debet heredi, sic debet & fructus eius quartæ, ut hic. Cur hæc tam varie? Differentiæ † ratio est, quia heres semel adita here- 5
ditate, statim efficitur dominus rerum hereditariarum, *L. heres in omne, de acq. her. L. cum heredes, in pr. D. de acq. poss.* Proinde & quartæ partis hereditatis dominus est citra controversiam, & quanvis hereditas pervenerit ad fideicommissarium, tamen heres semper dominus manet, ut fuerat. Certi autem iuris est fructus ex re nostra perceptos, nostros esse. Itaque cum fideicommissarius fructus hereditarios percipit, quanvis ex re communi, in qua ipse dodrantem habet, heres quartam partem; tamen non pro maiore parte fructus suos facere potest, quam pro qua res ad eum pertinet, *L. qui scit, L. Herennius de usuris.* At idem heres ante resti-

restitutam hereditatem non solum quartæ partis dominus est, sed etiam dodrantis, qui restitui debet, nec prius dominus esse desinit, quam transtuleri hereditatem in fideicommissarium; quod solum post restitutam hereditatem contingit ex senatusconsulto, *L. 1. h. t.* Proinde qua ratione quartæ fructus semper sunt heredis, quia heres semper eius dominus est: eadem ratione fructus dodrantis ante restitutam hereditatem ab herede percepti, fuerunt heredis, quia pro eo toto tempore heres dominus est totius hereditatis. Dodrans quidem etiam ante fideicommissario debetur, sed fructus ex re debita percepti non sunt eius, cui res debetur. Et hoc amplius, nec restitui debent, nisi percepti sint post litem contestatam in strictis iudiciis, aut post moram in bonæ fidei iudiciis, item in legatis & fideicommissis, *L. 3. in princ. L. videamus, §. si actionem, de usur. L. si rem, de verb.*
6 *obl.* Sed videri † potest falsum esse, quod dicitur, quartam partem heredi restituendam esse cum fructibus: nam hic proponitur heres restituisse fideicommissario ipsa. Quoties heres totam hereditatem restituit fideicommissario, quarta non retenta, non modo fructuum repetitionem sed etiam quartæ repetitionem amittit. Nam si sciens se rogatum esse restituere, & quartam retinere posse, nihilominus totam hereditatem restituit, quartam donat: si in iure errans, putavit quartam se retinere non posse, iuris error ei non prodest ad repetendam quartam, quam solvit. *L. error, proxim. titulo seq. ad L. Falcid.* Dicendum est, hæc ita esse, si heres totam restituat hereditatem; sed fieri potest, ut restituerit hereditatem ita, ut diceret fideicommissario, se restituere pro dodrante, qui illi competit, quartam autem ad se velle pertinere: post quam restitutionem factum sit, ut fideicommissarius nihilominus totam hereditatem occuparit, non dolo aut fraude; sed ut res communes facilius administraret, cum res adhuc essent indivisæ, & ipse pro maiore parte dominus esset rerum hereditariarum, quod cum fit, heredi quarta salva est, quam sua voluntate non remisit.

Ad L. Non iustam. 4.

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. & CC. Quintianæ.

Non iustam te gerere solicitudinem per fideicommissum relictæ portionis hereditatis perspicimus, verentem, ne fructum amittas relicti fideicommissi, quoniam avia testatoris ex parte heres scripta, & tibi rogata restituere, calliditate ac fraude repudiavit, ut ad alium nepotem, eundemque coheredem devolvatur portio, a quo tibi nominatim non fuerat fideicommissum relictum, & coacta suspectam hereditatem adire, priusquam pro herede gereret, rebus sit humanis exempta: cum divo Antonino parenti nostro deberi etiam a substitutis fideicommissum contemplatione iudicii testatoris, quasi tacite ab his repetitum, iam dudum placuerit. Neque enim quartæ retentionem, quam illa, quæ repudiavit, hereditatem adire coacta, ut suspectam retinere non potuit, timere debes. S. VI. Id. Iul. Philippo. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Species huius legis.*
2. *Fideicommissaria, an, cum quæ rogata erat restituere, decedit non adita hereditate, & vel heredem habet neminem, vel non locupletem, fideicommissum amittat.*
3. *Fideicommissaria si partem ab avie sibi fideicommisso relictam a nepote & coherede aviæ petere potest, an totam petere possit, coherede ultro eam restituere parato.*

1 Aviæ † cum essent duo nepotes, unus ex his testamento facto, aviam & fratrem suum alterum aviæ nepotem instituit, & si non heres esset avia, fratrem suum ei substituit, præterea aviam rogavit, ut portionem hereditatis restitueret Quin-

Quintianæ Felicitæ. Quintiana fideicommissum ab avia defuncti petit. Illa adire non vult, sed repudiat hereditatem. Id eo consilio faciebat avia, ut ea portio hereditatis ad nepotem eius, qui illi substitutus erat, ex substitutione perveniret, fraudata fideicommissaria. Nam si hereditatem adiisset avia, substitutio vulgaris evanuisset, neque ea pars unquam ad nepotem pervenire potuisset ex testamento. *L. post aditam, supra, de impub. & aliis substitution.* Cum avia perseveravit in ea repudiatione, vocata est in ius ad prætorem a Quintiana fideicommissaria, ibi per prætorem coacta est hereditatem adire, ut verba sunt huius rescripti, quæ bene Accursius accepit, coactam esse verbis prætoris, ut adiret, idest, iussam esse adire; nam revera non adivit, ut postea in rescripto narratur. Ergo cum iussa esset adire, priusquam adiret, aut pro herede gereret, decessit: ita hereditas ex substitutione pervenit ad alterum coheredem nepotem eius, & quidem necessario, cum prius ex portione sua nepos heres exstitisset.

2 Hic duo quæsita sunt. Primo † quærit Quintiana, quid se facere oporteat, & num fideicommissum amiserit, cum, quæ rogata erat restituere, decesserit non adita hereditate, & aut heredem habeat neminem, aut habeat heredem non locupletem. Hic respondent Imperatores, non debere Quintianam sollicitam esse de fideicommisso, quasi non possit ea adire, quæ defuncta sit: nam omissa avia & nepotibus eius, posse Quintianam ab altero nepote aviæ, eodemque coherede aviæ repetere: quia ita ius constitutum sit, ut legata & fideicommissa ab herede defuncti relicta, etiam a substituto debeantur; cum portio instituti ad substitutum cum suo onere pertinere debeat *L. licet de leg.* 1. Idem dicendum esset, etiamsi nepos coheres aviæ substitutus non esset: nam portio aviæ deficientis accresceret nepoti coheredi eius, qui suam partem adiisset, & quidem invito, *L. testamento, de impub. substit. L. qui ex duobus, §. ult. de acq. her.* Accresceret autem aut cum onere fideicommissi ex eadem constitutione, aut quia coheres coniunctus in deficiente portione coheredis quodammodo substitutus est, & iam etiam olim Iustinianus hoc probavit adversus Iuliani sententiam, ut exstat relatum in *L. si Titio & Mevio, §. 1. de legat.* 2. Quæ sententia confirmata est lege Iustiniani, *L. unica, §. his ita, inf. de cad. toll.* Cum Iuliano consensisse videtur Celsus: huius sententia refertur alias *L. Celsus 29. de legat.* 2. ubi hæc sunt verba; si uni ex heredibus nominatim fideicommissum sit, videri potest fideicommissum non deberi, si is heres non exstiterit. Sed non idcirco hæc lex pugnat *cum d. L. si Titio, & Mevio, §. 1. de legat.* 2. Nam verum est, videri id posse, quod Celsus dicebat, sed subiiciendum est, quod Ulpian. in *d. L. si Tito & Mevio* subiicit, nempe videri id posse: sed post decretum Imperatorum existimari debere, accrescentem portionem debere accrescere cum suo onere, quasi coheres, cui accrescit portio, sit substitutus. Et ita est, ut fideicommissum ab avia relictum peti possit ab herede & coherede eius, cui portio aviæ accrevit.

Quæritur, cur in proposito Quintiana fideicommissaria adeo laboraverit, ut avia hereditatem adire cogeretur, cum ea repudiante nihilominus fideicommissaria salvum fideicommissum haberet? Respondeo: Non potest dici Quintianæ hic quicquam interesse, si nepos coheres portionem suam adierit. Nec simile est exemplum, quod affertur ab Accursio ex *L. recusare, §. Titius, D. eod.* Nam ibi substitutus in totum non erat institutus. Sed ut Quintiana ita laborarit, multæ sunt causæ. Primo ignorabat hoc ius, de quo hic rescribitur; nam si etiam mortua avia id ignoravit, multo magis ignorabat, dum avia adhuc viveret: unde hæc sollicitudo ex ignorantia huius iuris est nata. Deinde etiamsi Quintiana hoc ius tenuisset, tamen eius intererat aviam cogi adire, quia non erat certa nepotem coheredem partem suam aditurum. Postremo etsi is quoque suam partem adiret, tamen intererat fideicommissariæ potius rem habere cum avia, quam cum nepote coherede, vel quod nepos litigiosus homo erat, vel quod minus posset, vel quod inimicus esset.

Sequens † quæstio est, si fideicommissaria partem ab avia sibi fideicommisso relictam potest petere a nepote & coherede aviæ, an possit totam petere, si nepos ultro paratus sit eam restituere? Movet quæstionem Senatusconsultum, quo permissum est heredi rogato restituere hereditatem, retinere quartam, si volens hereditatem adeat, ut initio huius tituli dictum est. Respondent Imperatores. Ne hac quidem in parte Quintianam sollicitam esse debere de fideicommisso, quia non solum fideicommissum petere possit a nepote, sed etiam totum possit petere, hac ratione, quia metui non debet, ne avia, quæ coacta est hereditatem adire, possit quartam retinere *L. deducta parte* 3

quar-

quarta, *D. eod.* §. *sed si recusabat*, *Inst. eodem*. Sed videtur hæc sententia falsa esse, & oratio minime cohærens. Nam certi iuris est, heredem rogatum restituere hereditatem, si volens hereditatem adierit, quartam retinere posse, §. *sed quia*, *Institut. eodem*. At nepos in proposito volens adierat hereditatem, ratio autem adiecta est aliena. Nam de nepote quæritur, an fideicommissum totum restituere debeat? Imperatores rationem reddunt de avia, quæ ratio ad rem nihil pertinet. Nam avia coacta est, sed nepos non est coactus. Respondeo, nihil rectius dici potest, neque magis ex sententia Senatusconsulti, quam quod hic rescriptum est. Verum enim est, nepotem hic volentem adiisse, sed fideicommissum ab eo non petitur ex persona eius, sed ex persona aviæ, & in eo restituendo ex persona aviæ iudicandum est: nam portio aviæ deficiens accrevit huic nepoti cum suo onere, ut supra dixi ex *L. unica*, §. *his ita*, *de cad. tollend.* & *L. si Titio & Mævio*, §. 1. *inf. de legat.* 2. At onus aviæ fuit non solum, ut fideicommissum restitueret, sed etiam, ut totum, quia coacta erat adire; proinde & hoc onus ad nepotem coheredem transiit: unde intelligitur Imp. recte reddidisse rationem ex persona aviæ, cum ex eius persona de hoc fideicommisso iudicaretur.

Huic §. adversari videtur *L. ille*, *a quo* §. 1. *in fi. D. eod.* ubi significatur, si rogatus heres restituere, decedat, antequam coactus sit hereditatem adire, fideicommissum non deberi, & in eo fraudari fideicommissarium. Resp. Quod dicitur illic de herede coacto adire, intelligitur ex illius legis interpretatione de eo, qui iussus est a prætore adire, & ita verbis prætoris coactus. Estque hic sensus, Si heres rogatus hereditatem restituere, neque hereditatem adiisset, nec verbis iussus est a prætore hereditatem adire, & interim decessit, sine dubio fideicommissum non deberi. Sed si heres iussus sit a prætore hereditatem adire, statim heres fideicommissarin obligatur, & fideicommissum peti poterit, ad quemcunque heredem pervenerit ex hac lege.

Ad L. Et sine. 5.

Iidem AA. & CC. Verissimo.

Et sine scriptura per fideicommissum hereditas recte relinquitur. Igitur si uxor tua te & privignum suum in discrimine mortis constituta designavit velle successionem obtinere usque ad dodrantem: eius voluntatem ratam servari convenit: cum ab intestato ei succedentes, de restituendo fideicommisso conventos ultra quartam, ære alieno deducto, quantum penes eos sententia senatusconsulti relinqui præcepit, tantum obtinere posse præstiterit. S. V. Kal. Maii. Sirmii. Cæs. Coss.

SUMMARIA.

1. *Quatuor in hoc rescripto notanda*, & *num.* 2. 3. 4.
5. *Interpunctio falsa huius loci emendatur.*
6. *Heredes legitimi rogati restituere hereditatem, etiam quartam retinere possunt, non ex verbis senatusconsulti, sed ex sententia.*
7. *Legitimi heredes retinent quartam & restituunt dodrantem ære alieno ultra quartam deducto: declaratur num.* 8.

1 IN hoc † rescripto hæc notanda sunt, quæ totidem constituuntur: fideicommissum & sine scriptura relinqui potest. Hoc apertius in *L.* & *in epistola*, *sup. de fideicommissis*.

2 Item † fideicommissum non tantum testamento ab heredibus, sed etiam intestato ab heredibus quibuslibet relinqui potest, codicillis, vel scripto, vel sine scripto, testatur *lex.* 5. *Codic. h. t.* §. *præterea*, *Inst. eod.* Item † ut fideicommissum 3 ab intestato ab heredibus legitimis debeatur, non est necesse heredes legitimos nominatim rogare, ut restituant: satis est, si te-

si testator indefinite ita dicat, se velle hereditatem ad illos, vel ad illas pertinere
4 *L. eam quam*, *sup. de fideic.* Postremo † cum heredes legitimi rogati sunt hereditatem totam restituere, non minus & ipsi, quam scripti heredes quartam retinere possunt, ex sententia senatusconsulti, ita ut reliquum restituant deducto ære alieno, quod est ultra quartam. Hæc est sententia postremorum verborum.

5 Quo loco † diligenter animadvertendum est, locum vulgo vitiose interpunctum esse, & proinde ne interpunctio falsas sententias efficiat, interpungendum ita esse: post verbum, *obtinere* debet interponi comma; post verba, *conventos*, esse debet virgula. Est autem hæc sententia huius loci: proponitur uxor quæ voluit hereditatem obtineri a suo marito & privigno. Respondent Impp. Etsi heredes legitimi rogati sint hereditatem totam restituere, tamen voluntas eius servari non debet, nisi ad dodrantem usque; & rationem reddunt, cur ultra servari non debeat, quia inquiunt, constitit heredes legitimos de fideicommisso restituendo conventos tantum obtinere debere, quantum apud eos relinquit sententia senatusconsulti, præcipue autem relinqui quartam: proinde quartam legitimi retinere possunt, idque perfacile ære alieno ultra quartam deducto. Vulgaris interpunctio facit, ut proponatur, defunctum voluisse hereditatem a fideicommissariis suis retineri usque ad dodrantem, quæ sententia evidenter falsa est. Nam hoc casu quarta non retineretur ex sententia senatusconsulti, sed ex lege 12. tabularum, nempe ex aperto iudicio testatoris. Deinde eadem interpunctio vulgaris facit, ut dicantur heredes legitimi conventi esse ultra quartam, quod & ipsum falsum est. Nam si dicuntur ultra quartam conveniri, hi convenientur de quarta & amplius. Nunc autem Impp. volunt eos conveniri tantum posse usque ad dodrantem. Interim ex his verbis notanda sunt duo ex hac posteriore senten-
6 tia I. heredes † legitimos rogatos restituere hereditatem, etiam quartam retinere posse, non ex verbis senatusconsulti, sed ex sententia. Cur ex sententia duntaxat? Quia senatusconsultum scriptum est de heredibus institutis, non etiam de legitimis; sed placuit propter eandem rationem etiam ius idem transferri ad legitimos. *L. recusare*, §. 1. *D. eod.*

Alterum est, legitimos heredes † reti- 7
nere quartam & restituere dodrantem, ære alieno ultra quartam deducto. Hoc si ita accipimus, ut cum dicitur in lege Falcidia, exquiri quantitatem patrimonii deducto prius ære alieno, ut est in *L. in imponenda*, *infra*, *proxim. seq. titul.* Instit. *de leg. Falcidia* sententia aperte falsa est, & minime recipienda. Nam cum dicimus in lege Falcidia ponenda, ex quo legata præstantur, ante deduci æs alienum, hoc significatur, heredem ante omnia deducere tantum, quantum sufficiet ad æs alienum creditoribus, & præterea id ita deducere, ut ipse retineat, quia heres solus est is, qui obligatur creditoribus. At cum de hereditate ex fideicommisso restituenda agitur, nihil tale facere heres potest, duabus de caussis: nam heres, qui legata præstat, etiam legatis dissolutis, solus est heres, ut merito æs alienum suo iure deductum habeat, & præterea solus tenetur creditoribus hereditariis *L. ult. Cod. de hered. act.* Ut sit æquissimum eum retinere de hereditate, unde solvat creditoribus ne cogatur dependere de suo, atque ita fraudetur quarta parte hereditatis. At cum agitur de hereditate ex fideicommisso restituenda, ideo heres retinere æs alienum non potest, quia non est solus heres, sed fideicommissarius usque ad dodrantem heredis loco habetur *L. postulante*, vers. *nam & quodammodo*, *D. h. t.* Deinde esset iniquissimum, heredem rogatum restituere hereditatem, deducere & retinere totum æs alienum, cum ipse æri alieno non obligetur. Nam in fideicommissarium actiones omnes transeunt ex senatusconsulto. *L. 1. D. h. t.* Denique ideo heres rogatus restituere hereditatem, æs alienum non deducit, quia scindi debet æs alienum inter heredem & fideicommissarium. Hoc nos dici intelligimus, cum dicuntur inter eos scindi actiones. §. *si quis una h. t.*
Quod † igitur hic dicitur, heredes legi- 8
timos conventos retinere quartam, ære alieno ultra quartam deducto, sic intelligere debemus: eos retinere quartam ære alieno deducto, idest, non retento, sed deducto de quarta, quam retinent, quoniam hoc æs alienum, quod ultra quartam est, transit in fideicommissarium, & æris alieni actiones.

Ad L.

Ad L. Iubemus. 6.

Imp. Zeno A. Dioſcoro *Præfecto prætorio.*

Iubemus, quotiens pater vel mater filio ſeu filia, filiis vel filiabus, ex æquis vel in æquis partibus heredibus inſtitutis, invicem ſeu ſimpliciter quoſdam ex his, aut quendam rogaverit, qui prior ſine liberis deceſſerit, portionem hereditatis ſuæ ſuperſtiti, ſeu ſuperſtitibus reſtituere: ut omnibus modis retenta quarta pro auctoritate Trebelliani ſenatuſconſulti, non per imputationem redituum (licet hoc teſtator rogaverit, vel iuſſerit) ſed de ipſis rebus hereditariis dodrans reſtituatur. Idemque in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere iubemus, & ſi pater, vel mater filio, ſeu filia inſtitutis (ſicut ſupra dictum eſt) heredibus, rogaverit eos eaſve nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus ſuis, ac deinceps reſtituere hereditatem.

S U M M A R I A.

1. *Species huius legis.*
2. *In quartam Falcidiam imputantur omnia, quæ iure fideicommiſſario capiuntur.*
3. *Fructus pendente conditione fideicommiſſi percepti, item percepti ante diem fideicommiſſi cedentem iure fideicommiſſario percipiuntur.*
4. *Fructus hi an in Falcidiam imputentur.*

HIC ius conſtituitur de certa ſpecie heredum rogatorum, & fideicommiſſorum, & in hac ſpecie ſingularia duo hic conſtituuntur circa fideicommiſſarias hereditates, ex quibus prius conſtituitur *in pr.* alterum *in* §. 1. Cæterum ad pleniorem interpretationem iuris propoſiti, pertinet ſpecies, de qua hic ius conſtitui-
1 tur, quæ hæc eſt. Cum † pater, aut mater filium, vel filiam heredem inſtituit, & rogat, ut ſi ſine liberis deceſſerit filius, reſtituat hereditatem fratri ſuo ſuperſtiti, aut reſtituat filio ſuo, eidemque nepoti teſtatoris, & aliis deinceps liberis. Hæc ſpecies proponitur initio. In hac, ut dixi duo ſingularia conſtituuntur, prius pertinet ad quartæ retentionem, deque eo ita conſtituitur in principio, filium rogatum eodem modo reſtituere hereditatem, vel potius heredem filii mortui reſtituere hereditatem, ita ut quartam retinere poſſit: hoc commune cum cæteris heredibus rogatis hereditatem reſtituere; præterea fructus a vivo filio perceptos apud heredem filii manere, nec venire in fideicommiſſi reſtitutionem. Hoc quoque ius cum cæteris commune, quoniam hi fructus, qui pendente conditione fideicommiſſi, aut ante fideicommiſſi diem ab herede percipiuntur, iudicio teſtatoris percipiuntur, ideſt, ideo, quia teſtator voluit eos heredis eſſe, *L. mulier*, §. *ſi heres*, *D. h. t.* Sed quod ſequitur, ſingulare eſt & novum: nam heres filii rogati ita hos fructus a filio vivo perceptos retinet, ut etiam præcipuos ſibi habeat, ideſt, in quartam non imputet, ſed ex iis bonis, quæ fuerunt mortui teſtatoris, quartam amplius retinere poteſt; id vero eſt, quod hic conſtituitur, ius, ut dixi, novum & ſingulare.

Nam hoc ius commune eſt & exploratum, in † quartam Falcidiæ multoque ma- 2
gis in quartam hereditatis, quæ ex ſenatuſconſulto retinetur, imputari omnia, quæ iure fideicommiſſario capiuntur; ita ut ſi ea tantum efficiant, quanta eſt quarta, quæ retineri debet, nihil amplius deducat, *L. in quartam, ad L. Falcid.* Fructus † enim 3
pendente conditione fideicommiſſi percepti, item percepti ante diem fideicommiſſi cedentem, iure fideicommiſſario percipiuntur *d. L. mulier*, §. *ſi heres*. Unde generaliter traditur in *L. Papin* §. *unde ſi quis, de inoff. teſtam.* huiuſmodi † fru- 4
ctus ſine exceptione in Falcidiam imputari. Ob hanc cauſſam huic loco opponitur *d. L. Papin.* §. *unde ſi quis.* Nam

non

Digitized by Google

non tantum in hoc loco superior definitio generaliter traditur, sed traditur in persona filiorum & heredum institutorum & rogatorum hereditatem post certum tempus restituere, quæ species est contra *L. iubemus*. Nam in *d. §. unde si quis*, agitur de his heredibus rogatis, qui de inofficioso potuerunt queri, hi enim sunt liberi, quibus quarta non relinquitur testamento. Si hæc *lex iubemus*, esset Iustiniani una ex 50. eius decisionibus, sine hæsitatione diceremus, hac constitutione Iustiniani dictam L. Papiniani emendari; Nunc autem hæc lex Zenonis non Iustiniani est, & in his Legibus quæ sunt in Digest. & Codic. Iustinianus vetat quicquam sic accipi, ut sit contrarium *L. 2. §. contraria, Cod. de vet. iur. enucleand.* hinc difficultas nata ab interpretibus. Ad hanc quæstionem dissolvendam dicendum est, ius generale & commune esse, fructus pendente conditione perceptos ab herede rogato restituere hereditatem imputari in quartam, quam ex senatusconsulto retinere debet: sed ex hoc iure speciem hic propositam, cum filius institutus est & rogatus restituere fratri, vel liberis suis. Neque ideo est contraria *L. Papinian. §. unde si quis, de inoffic. testam.* alioqui etiam contrarium dicere oporteret, *L. in quartam, D. ad L. Falcid. d. L. mulier, §. si heres, D. eod.* Non sunt vero hi loci contrarii, quia generaliter scripti sunt de his fructibus in quartam imputandis, sine exceptione heredis & fideicommissi, quibus hereditas restitui debet. Sic ius est, priores leges ad posteriores trahi debere, *L. non est novum, & L. sequent. D. de legib.* Sensus est, quod in prioribus legibus generaliter scriptum est, si quid in posterioribus excipitur in aliqua specie, quæque eius generis sit; priores accipi debent, quasi de cæteris tantum speciebus sentirent, non de ea specie, quæ postea est excepta, quasi posteriores sese ad priores retulissent, & hoc est, quod aliis verbis dicitur; in toto iure generi per speciem derogatur, *L. in toto, de reg. iur.* Quod ait lex, si pater rogatus sit restituere hereditatem filio suo post mortem suam retinere quartam ex Lege Falcidia, videri possit contrarium. *L. cum filiusfam.* vers. *denique de legat. 1.* ubi dicitur, pater si rogatus sit post mortem restituere hereditatem filio suo, hereditatem restituet totam, nec quartam ex Lege Falcidia retinebit. Sed dissimiles species utroque loco proponuntur: nam illic filiusfamilias institutus erat heres; & quia per filiumfamilias hereditas patri eius quærebatur iure veteri, ideo rogatus est pater eam hereditatem restituere filio, cum pater moreretur. In hac autem lege pater ipse heres institutus est, & rogatus restituere hereditatem filio.

Differentiæ ratio inter has species hæc est, quia cum pater ipse heres est institutus, quartam retinet ex persona sua, quod facere potest ex senatusconsulto. At in specie *d. L. cum filiusfam.* ubi pater institutus non est, quartam retinet ex persona filii, qui heres institutus erat. Non potest autem idem filius & hereditatem ex fideicommisso consequi, & quartam retinere, proinde nec pater, aut patris heres, quia quarta ex persona filii retinetur.

Notandum est *in pr. Leg* portionem L. Falcidiæ, quæ in extremo dicitur, eandem esse portionem, quam appellaverat quartam, quæ retinetur ex auctoritate Trebelliani: ut intelligamus, cum heres rogatus est restituere hereditatem, quartam quæ ab eo ex hereditate fideicommissaria retinetur, dici retineri ex senatusconsulto, & nihilominus recte ex Lege Falcidia. Et ita est usus iuris auctorum, ut hanc ipsam quartam, quæ vulgo Trebellianica vocatur, vocent quartam Legis Falcidiæ, sive quæ ex Lege Falcidia retinetur. id liquet *ex §. ult. huius L.* idem tum ex aliis locis innumeris, tum ex his præcipue, dicta *L. mulier, §. si heres, L. ita tamen, §. Trebell. D. eod. L. Titia D. ad L. Falcid. L. coheredi, §. cum filia, D. de vulgar.* Utriusque appellationis hæc ratio est. Dicitur hæc quarta retineri ex senatusconsulto; quia hæc senatusconsulto primum introducta est in hereditatibus fideicommissariis, & tamen nihilominus else dicitur ex Lege Falcidia, quia hæc ex senatusconsulto ita introducta est, ut sit nominatim introducta ex sententia eius legis, *ut est in §. Quia heredes.*

Ad §.

Digitized by Google

Ad §. In supradictis.

In supradictis autem casibus, fideicommissorum servandorum satisdationem cessare iubemus, si non specialiter eandem satisdationem testator exigi disposuerit, & cum pater, vel mater secundis existimant nuptiis non abstinendum. In his enim duobus casibus, idest, cum testator specialiter satisdari voluerit, vel cum secundis se pater, vel mater matrimoniis iunxerit, necesse est, ut eadem satisdatio pro legum ordine praebeatur.

S U M M A R I A.

1. *Satisdare quid.*
2. *Satisdatio an ab herede legatorum & fideicommissorum nomine exigatur.*

Hic alterum singulare & novum constituitur in specie suprascripta, circa satisdationem fideicommissi: nam in ea specie, quae initio est posita, vetatur fideicommissarius, sive is sit frater filii instituti, sive sint liberi heredis instituti, exigere satisdationem ab herede instituto & rogato instituere hereditatem. Singulare, inquam, hoc ius est: nam ius commune id est, ut heres legatorum & fideicommissorum nomine satisdet legatariis & fideicommissariis postulantibus satisdari, idest, stipulantibus legatariis & fideicommissariis promittere, se quibus diebus legata, aut fideicommissa relicta sunt, iisdem diebus legata & fideicommissa restituturum, & in hereditate tuenda a se dolum absuturum malum, cui cautioni etiam heres fideiussores adiicere debuit. Id enim satis-
1 dare † significat cavere stipulanti fideiussoribus datis, *L. 1. qui satisdar. cog.* De hac enim satisdatione scriptum est *L. 1. D. ut legator.* Huic cautioni locus etiam fuit in fideicommissis hereditatibus, neque iis tantum, quae pure essent relictae, sed iis etiam, quae in diem, aut sub conditione relictae essent, *L. haec stipulatio, D. ut legator.*
2 Quomodo † ergo id ius non potest huic legi videri contrarium, cum hic constituatur in specie proposita eiusmodi satisdationem ab herede non exigi? Respondeo, quod supra dixi a principio, ideo ius commune huic parti contrarium non videri debere; quia generaliter scriptum est de satisdatione exigendâ. Hoc enim loco species una ex genere excipitur; qua exceptione fit, ut quod in lege generaliter est scriptum, videatur cum hac ipsa exceptione esse scriptum: quia priores leges ad posteriores ita sint trahendae. Sed excipiuntur hoc loco duo casus, quibus fideicommissarius satisdationem ab herede filio instituto possit exigere in specie proposita: si videlicet testator nominatim iusserit, ut filius nominatus satisdaret: item si filius rogatus secundas nuptias contraxerit: ergo his casibus & frater a fratre rogato, & liberi a patre instituto, satisdationem huius fideicommissi nomine exigere possunt: quae sententia in totum videri falsa potest, hac ratione; quia nemo audiendus sit, qui sollicitus est de hereditate viventis, quod is facit, qui de ea hereditate sibi caveri postulat, *L. 2. §. interdum, de vulg.* Respondeo fideicommissarium, cum de ea hereditate, quae ei restitui debet ex fideicommisso, sibi postulat caveri ab herede, qui rogatus est restituere, non sollicitum esse de hereditate viventis, sed de mortui testatoris hereditate agere, quam hereditatem heres rogatus est restituere.

Rursum si minus falsa haec sententia est in aliis fideicommissariis, at saltem falsa est in liberis filii heredis instituti, quibus filius rogatus est restituere hereditatem. Nam si hi liberi sunt in potestate patris rogati, frustra postulant a patre stipulationem, cum inter patrem & filium, qui in potestate est, obligatio nulla possit subsistere; *§. hi, qui in parentum Institut. de obligat. quae ex delict.* Unde in hac ipsa quaestione de satisdatione fideicommissaria exigenda, diserte scriptum *L. Imperator, D. ad Trebell.* huiusmodi cautionem frustra postulari a patre, manente patria potestate. Facilis & expedita res esset, si haec constitutio lata esset post constitutionem Iustiniani, nempe post *L.* cum

cum oportet. & *L. ult. infr. de bon. quæ lib.* quibus LL. proprietas adventitiorum bonorum filiisfamilias attributa est, post quas constitutiones inter patrem & filium obligatio & actio consistere potest de proprietate adventitiorum, quemadmodum olim poterat consistere de bonis castrensibus, *L. is nulla, D. de iudic.* Sed ad eas constitutiones confugere non possumus, quia hæc constitutio Zenonis eo tempore est lata, quo etiam adventitia patri in totum acquirebantur, præterquam & certis quibusdam casibus, & paucis, ut apparet ex legibus, quæ sunt usque ad *L. cum oportet, infra, de bon. quæ lib.* Itaque etiam obiectio adhuc manet. Respondeo, secundum constitutiones Iustiniani novas rem esse expeditam, ut filius a patre satisdationem recte exigat de adventitiis, cum ea filio acquirantur. Quod vero ad tempora Zenonis attinuit, dicendum est, hanc conditionem hic debuisse accipi ut nepos a patre rogato satisdationem possit exigere, quo casu sui iuris esset: nam si esset in eius potestate, iure communi uti debuit ex *d. L. Impp. ad Trebell.*

Ad §. Sin autem,

Sin autem is, qui fideicommissaria restitutione gravatus est, uno filio superstite, vel nepote ex filio, seu filia nato, vel pronepote, vel postumo relicto decesserit: non videtur extitisse conditio: & ideo deficit fideicommissi petitio.

SUMMARIA.

1. *Quis videatur liberis relictis decessisse secundum conditionem.*
2. *An videatur liberis relictis decessisse, qui decessit non uno filio superstite, sed nepote, qui natus sit ex filia.*

Cum in proposita specie filius rogatus sit restituere hereditatem, si sine liberis decesserit: consequens est, si sine liberis non decederet, deficere restitutionem: proinde & fideicommissum intercidere, quod & eveniret, etiamsi de liberis nihil dictum esset, sed simpliciter iussus esset restituere post mortem suam; quia placet semper eandem conditionem intelligi, si sine liberis decesserit, *L. cum avertiss. supr. de fideicom. L. cum onus, de cond.*
1 & *demonst.* Hinc quæritur, † quis videatur liberis relictis decessisse secundum conditionem. Et primum an videatur decessisse liberis relictis, qui decessit uno filio relicto? Et placet videri hoc loco. Idque est, quod dicitur in *L. non est sine liberis, de verb. sig.* non esse sine liberis, cui unus filius, aut una filia est. Obiicitur pluralis numerus, cum dicitur, *liberis*, qui numerus cum minimum duos exigit. *L. ubi de testib.* Respond. hoc ita est, nisi aliud usus linguæ observet. Nam uti linguæ cuiusque est usus, ita testator sensisse intelligitur, *L. si servus, §. ult. de legat.* 1. Nunc autem Latini *liberos* plurali numero dicunt, non ut plures significarent, sed quia necesse habent plurali numero uti, cum singulari careant. Idem fieri videmus in his verbis; *pugillares* & *codicilli*, in quibus pugillares dicimus, etiamsi sit unus libellus; codicillos, etiamsi sit unicum exemplum scripturæ, idque est, quod significatur, in *d. L. non est, de verb. signif.*

Deinde quæsitum est, an videatur † de- 2
cessisse liberis relictis, qui decessit non uno filio superstite, sed nepote, qui natus sit ex filia? Cuius dubii caussa est; quia qui ex filiabus nascuntur, non sunt in potestate avorum, sed in alienam familiam transeunt. Et placet liberorum appellatione omnes contineri, qui descendunt ex nobis, sive ex masculini sexus personis, seu ex fœminini, *L. liberorum, L. cognoscere, §. ult. de verb. sig.* Hinc est, quod hic dicitur & aliis locis, non videri decessisse sine liberis, qui etiam nepotem, quanvis ex filia natum, habeat. Idem in *L. 2.* est const. Iust.

Ad §.

Digitized by Google

Ad §. ult.

Illud etiam admonemus, ea, quae de Falcidiae portione non per reditus, sed per ipsas res hereditarias retinenda & de satisdatione fideicommissorum (sicut supra dictum est) concedenda diximus, non ulterius, quam in his personis & casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci. PP. Kalend. Septemb. Constantinop. Probino & Eusebio Coss.

S U M M A R I U M.

1. *An a nepote satisdatio fideicommissi nomine exigi possit, & interim fructus ab eodem percepti in quartam imputari debeant?*

Quod de fructibus pendente conditione ab herede perceptis in quartam non imputandis: item quod de satisdatione ab herede rogato non exigenda, supra constitutum est, Zeno hoc loco nolle se locum habere dicit in aliis personis heredum, aut fideicommissariorum, item in aliis casibus, seu conditionibus locum habere, quam in suprascriptis. Quod ideo cavet, ne quod de una dicitur persona, aut in uno genere conditionis, ad alias personas, aliasve conditiones transferamus, in quibus eadem sit ratio, quod secundum regulam iuris alioqui fieri oportebat. *L. non possunt, & L. seq. de legib. L. illud, ad L. Aquil.* Hinc colligimus, si testator, quamvis alium ex liberis heredem instituat, quam filium, puta si avus nepotem instituat heredem, quamvis roget nepotem, hereditatem fratri suo restituere, aut alicui ex liberis suis; tamen † & a nepote satisdationem fideicom-
1 missi nomine exigi posse, & interim fructus ab eodem perceptos in quartam debere computari, uti ius fuit antiquum.

Huic loco de fructuum imputatione opponitur, *L. quod bonis, §. avus, D. ad L. Falcid.* ubi nepos ab avo institutus & rogatus post mortem suam restituere hereditatem, non imputat in quartam fructus medio tempore perceptos. Respond. Id fit in ea specie qua nepos fructus alios imputabat in debitum, quod ei ab avo debebatur, ut ibi nominatim scriptum est. Non potest eosdem fructus in duas res diversas simul imputare. Nam cum in unam prius imputabit, deinde habetur, quasi fructus non percepisset. Idem dicemus, si filius heres institutus rogatus sit, si sine liberis decesserit, restituere hereditatem aliis, quam liberis, aut fratribus suis. Quin imo etsi filius heres institutus rogatus sit restituere hereditatem fratri suo, vel liberis suis, sub alia quavis conditione, quam si sine liberis decederet: dicemus ex hoc loco, & satisdationem ab eo exigi posse, & fructus ab eo perceptos in quartam imputatum iri. Quo loco opponetur nobis superior regula, de qua dixi, nempe in quibus caussis eadem est ratio, ibidem idem ius statui debere. Responsio facilis est, hoc enim ita intelligendum est, nisi legislatori aliud placuisse nominatim constet: nam in voluntate certa non est opus coniecturis. Et quamvis nihil hic nominatim a Zenone cautum sit, nec ius ab eo constitutum ad alias caussas, aut conditiones transferatur; tamen intelligere debemus, id non transferri debere, quamvis eadem sit ratio; quia quod supra constitutum est, ius est singulare, & contra regulam iuris: quod ius eiusmodi est, ad consequentias deduci non debet. *L. quod vero, & L. seq. de legib.*

Ad Auth. *Nisi rogati*.

Nisi rogati restituere datum dotis caussa vel propter nuptias donationis, vel relictum sub conditione nuptiarum vel liberorum, monasterium vel alium locum venerabilem ingrediantur: sive restitutio aut substitutio fiat sub praedictis conditionibus, sive in redemptionem captivorum, seu in egentium alimenta.

S U M M A R I A.

1. *Quidquid rogatus quis est restituere sub conditione, non suscepturum, non contracturum, toties licet rogato contempta conditione monasterium ingredi, & datum sine fraude secum retinere.*
2. *Datio dotis caussa conditionem habet*, si nuptiae sequantur.
3. *Conditiones in testamentis, quae contra bonos mores sunt, pro non adiectis habentur.*

Supra constitutum est in initio *L. iubemus*, si filius rogatus sit hereditatem restituere, si sine liberis decederet, existente conditione fideicommissum deberi, sic tamen, ut quarta retineri possit: hic in hoc fragmento adiicitur exceptio; nisi is, qui sub ea conditione restituere rogatus est, monasterium, aut coenobium ingrediatur, & ibi coelibem vitam agat,
1 & † generaliter constituitur quicquid rogatus, aut iussus est quis restituere sub conditione, supple, *non suscepturum*, vel sub conditione, rursus supple, *non contracturum*, toties licere rogato, contempta conditione monasterium ingredi, idque si fecerit, posse datum & relictum sine fraude secum retinere. Intelligitur enim quis rogatus esse sub hac conditione, alias aperte, alias tacite: quomodo aperte, ex verbis notum est: id enim continetur in specie, de qua quaeritur in *L. iubemus supra*. Tacite autem id agi intelligitur, cum quid datur dotis caussa.
2 Nam haec † datio conditionem habet, si nuptiae sequantur, *L. plerunque*, *§. si autem*, *L. stipulat. D. de iur. dot.* Idque ideo, quia dos sua natura sine matrimonio esse non potest. *L.* 1. 2. 3. *de iur. dot.* Proinde cum eiusmodi datum detur ob caussam, ut nuptiae sequantur: consequens est, caussa non secuta, conditionem non competere ob caussam dati, *tit. D. de cond. caussa data, caussa non secuta*. Eiusdem generis est, quod donatur propter nuptias: nam & hoc eandem conditionem habet, si nuptiae sequantur, *§. est & aliud, Inst. de donat.* Idcirco & id ob caussam datum intelligitur, qua non secuta, eadem conditio est, ut datum restituatur, si videlicet nuptiae non sequantur.

Sed huic constitutioni opponitur voluntas testatoris: nam ex verbis manifestum est, testatorem voluisse restitui hereditatem, si heres rogatus sine liberis decesserit. Hac conditione existente omnia iura clamant voluntatem testatoris esse servandam. Sic in L. 12. tabul. *L. verbis legis, de verb. sig.* Confirmatur nominatim ab eodem Iustiniano, *in Novel. de nupt. §. disponat.* ubi his verbis utitur, *statuat testator, & erit lex*. Huius enim iuris ratio & aequitas ostenditur supra in *L.* 1. *de sacrosanct. eccles.* Ad hoc diluendum Accursius & plerique alii hac usi sunt exceptione, quod dicerent, heredem rogatum, qui monasterium ingressus est, videri filium genuisse, nempe monasterium, ut sic iure dici possit conditionem fideicommissi defecisse, quod bene a Bartolo notatum est, & est absurdum. Nemo enim dicitur gignere eum locum, in quo est, & in quo alitur, sed potius ab eo gigni, quomodo patriam nostram, parentem omnium nostrum dicimus. Ratio huius conditionis ea est, quam Iustinianus in Novell. unde hoc fragmentum sumptum est, reddidit. Voluit enim fideicommissum restitui non debere, quasi irrita conditione facta, ut intelligamus hoc casu reiici conditionem, *si sine liberis decesserit*.

Sed tamen amplius quaerimus hic, cur hanc conditionem reiecit contra voluntatem testatoris. Hic enim eadem dubitatio relinquitur. Respondeo: hoc ex errore illorum temporum natum est. Nam iam tum invaluerat in ecclesia haec de Deo opinio, ut vitam monasticam cum coelibatu coniunctam existimarent coelestem, tanquam contemplationi soli deditam, usque

Digitized by Google

que adeo: ut fastigium pietatis in ea vita collocarent, ut intelligere possumus ex epistola Basil. Mag. ad Grego. Nazianzen. Quam recte, nostro sæculo Dei beneficio intellectum est. Et cum in eo de cultu Dei agatur, & re ad pietatem pertinente, quid ex eo sequendum sit, ex verbo Dei iudicandum est. *Constat autem nihil verbo Dei* (*) *tam contrarium esse, quam vitam monasticam & solam, etiam eorum, qui optimi inter monachos habiti sunt.* Cæterum hac opinione posita, quam sup. dixi, consequens fuit ut reiiceretur hæc conditio, *si heres sine liberis, aut nuptiis decesserit*, tanquam quæ esset contra bonos mores, quatenus præmio hereditatis proposito invitabatur heres ad repudiandum propositum tam sanctum vitæ monasticæ suscipiendum. Perinde est igitur, quasi ita diceretur a Iustiniano: quod iubetur restitui sub conditione, si is, qui accepit, sine liberis, aut nuptiis decessit, sub contraria conditione ei datum intelligitur, si nuptias contraxerit, si liberos susceperit, *L. aliquando D. de cond. & demon.* Hæc enim conditio dati, *si quis nuptias contraxerit, aut si liberos susceperit*, est contra bonos mores in eo, qui vitam monasticam elegerit, ob eam, quam sup. dixi caussam.

Placet igitur eam hoc casu reiici de-
3 bere. Certi iuris est enim, † conditiones in testamentis, quæ contra bonos mores sunt, pro non adiectis haberi, *L. conditiones, contra, de cond. instit.* In contractibus autem eodem numero habentur caussæ impossibiles, propter quas aliquid datum est, veluti si pecunia sit data, ut nuptiæ sequantur. Si quid donatum sit propter nuptias, *L. dictam sup. de condit. ob causs. dat.* Caussa enim, quæ contra bonos mores est, impossibilis est. *L. filius, de cond. inst.* Sed hic Iustinianus adiecit exceptionem. Quod enim dicitur, *quod quis rogatus esset restituere hereditatem, si sine liberis decesserit, aut sine nuptiis, fideicommissum non deberi, si is, quod rogatus est, monasterium ingrediatur:* hoc ita esse placet, nisi rogatus sit sub ea conditione restituere, in redemptionem captivorum, aut in alimenta pauperum. Nam hæc caussa, quæ pietatis caussam habet, coniuncta cum voluntate defuncti, prævalet. Hæc exceptio est *in Novell. de sanctiss. epis. §. sed & hoc præsenti in fin.* Unde monendi sumus, in hac *Auth. nisi*, vitiose legi hæc verba extrema, *sive in redemptionem captivorum*, nam pro *sive* legendum est *nisi*. Hic enim non continetur definitio præsens, sed eius definitionis exceptio subilcitur, nempe ea, quam modo diximus.

Ad Auth.

(*) Fatetur Donellus a D. Basilii usque temporibus eam de Monastica vita invaluisse in Catholica Ecclesia opinionem, (quæ erat utique illi debita atque honestissima) ut tale Monachorum institutum SS. Ecclesiæ Patres uno ore omnes cœleste vivendi genus ducerent & atque appellarent sanctitatis fastigium. Sed ipse utpote Calvini erroribus addictus non dubitat deliri atque seditiosi hominis somnia veteri omnium Doctorum Ecclesiæ, Patrumque traditioni anteponere; & quod non irrisione dignum, sed lacrymis, hac in re valde sibi placet, & eo temeritatis & stultitiæ pervenit, ut novam quasi lucem a Calvino Catholicæ Doctrinæ perduelli velit obortam, quæ fulgidissimæ videlicet Christi atque Apostolorum doctrinæ, atque inde natæ veterum Ecclesiæ patrum traditioni tenebras obducat: quis non miretur ingentem hominis confidentiam? Sed ne forte putet sibi verba dari lector, dum hæc sine ullo teste affirmamus, consulat Emin. Bellarmin. *Controv. Gen. de Membr. Eccl. lib. 2. de Monach. cap. 5. & seqq.* qui Monachorum institutum ab Apostolorum tempore obtinuisse in Ecclesia, meritoque habitum fuisse ex omni Ætate sanctissimum ostendit, ubi & eius antiquitatem, & sanctitatem ab omnibus Lutheri, Melanchtonis, & Calvini contumeliis atque calumniis vindicat.

Digitized by Google

Ad Auth. *Contra*.

Contra cum rogatus fuerit quis ut sine liberis decedens, quod tunc ex hereditate superest, restituat, vel aliis huiusmodi fideicommissi verbis gravatus: quartam institutionis fideicommissario restituere cogitur. Super hoc igitur & cautionem, nisi a defuncto remissa sit, exponit. Quod si contingat eam deminui: aut ex ipsius substantia suppletur, aut ea deficiente, in rem actione & hypothecaria fideicommissario uti permittitur adversus rerum acceptores. Ex caussa tamen dotis, seu propter nuptias donationis, seu captivorum redemptionis, vel si non habeat, unde faciat expensas, huius quartæ permittitur deminutio.

S U M M A R I A.

1. *Heres an possit ex indicio defuncti alienare, & consumere quodlibet ex hereditate.*
2. *Quid iuris, si heres non tantum dodrantem, sed etiam quartam consumat.*
3. *Quid si nihil alienaverit, nihilque consumpserit ex hereditate, utrum eo mortuo heres eius dodrantem retinere, & suo arbitrio consumere possit, ut tantum quartam consumere cogatur.*

HAC authentica nihil plane corrigitur in *L. iubemus*, cui hæc authentica subiecta est; sed declarat, quid intersit, utrum heres institutus rogetur simpliciter hereditatem restituere, an vero rogetur restituere, quod ex hereditate supererit, cum decedet. Et hoc est, quod significatur hoc verbo, *contra*, quod sic accipiendum est, quasi diceretur: cum heres rogatus est restituere hereditatem *si sine liberis decesserit*, de hereditate suo arbitrio nihil imminuere potest, sed restituens cogitur dodrantem restituere, quartum retinere potest. Contra diversum erit, cum rogatus sit restituere decedens id, quod ex hereditate supererit. De quo quid hic constituatur, ut possit intelligi, sciendum est, fuisse veterem quæstionem in hoc genere
1 fideicommissi, an heres † his verbis rogatus possit ex iudicio defuncti alienare & consumere quidlibet ex hereditate, ut si quid ex ea supersit, id restituat; si nihil, nihil debeatur, id quod verbis fideicommissi videtur effici, cum ita dicit: *restituat, quod ex hereditate supererit*. Hæc verba, *si quid supererit*, conditionem habent. *L. 5. de legat.* 1. Hæc autem conditio, *si quid supersit, restituat* contrariam conditionem tacitam habet: *si nihil supererit, neutiquam restitua*. L. si quis, *§. 2. D. de cond. & dem. L. 1. D. de offic. eius, cui mand. est iurisdict.* Et hoc non aliter esse, & M. Antonino & Papiniano visum est, qui tamen ut in hac fideicommissi specie bonam fidem heredis contineri, ita constituerunt heredi licere hereditatem imminuere prout liberet, nisi intervertendi fideicommissi caussa id probaretur factum. *L. Titius, D. eod.* Sed hoc ius incertius visum est Iustiniano contra idipsum, de quo quærebatur, & ideo visum est iiii consultum esse, hac de re, idest de potestate imminuendi res hereditarias certi aliquid constituere, quod fecit *Novell. de restit.* cuius summa descripta est in *Auth. contra*.

Sic vero de eo constituit: qui rogatus est restituere decedens quod ex hereditate supererit, iure suo de dodrante hereditatis statuere pro arbitrio potest, ut vel alienet, vel consumat, prout volet, ut omnibus iustis dominis in re sua agere licet: quartam reliquam attingere non potest, sed integram fideicommissario servare cogitur; quamobrem etiam huius quartæ nomine satisdatio ab herede vivo exigi potest, nisi testator vetuerit nominatim exigi. Quid si filius heres nominatim a patre institutus, rogatus sit restituere, si sine liberis decedat, id quod ex hereditate supererit; sed restituat fratri, aut liberis suis, an etiam hoc casu, huius quartæ nomine satisdare debebit? Verba constitutionis generalia sunt, nullas enim perso-
nas

nas heredum excepit: ut videri poſſit in ſpecie hac corrigere *L. iubemus*. *§. 1. ſup. hic*. ubi ſatisdatio a filio herede inſtituto & rogato reſtituere hereditatem fratri, per liberos exigi prohibetur. Sed dicendum eſt hanc Authenticam, & conſtitutionem Iuſtiniani ad eam ſpeciem *L. iubemus*, non pertinere. Quamvis enim hæc conſtitutio Iuſtiniani generalis ſit, potius quam *L. iubemus*; tamen ſemper hanc regulam tenere oportet, poſteriores leges ad priores trahi, niſi nominatim ſint contrariæ. *L. ſed & poſteriores*, *D. de legib*. Senſus eſt: poſteriores leges, niſi nominatim prioribus derogent, non videri prioribus derogare, ſed cum exceptione priorum intelligendas eſſe, de qua re ſupra ad *L. iubemus*. dictum.

2 Quid ſi heres † in ſpecie propoſita non tantum dodrantem, ſed etiam quartam conſumat? Placet eum de ſuis bonis ſarcire debere, ſi habet: ſi non habet, datur fideicommiſſario ad huius quartæ perſecutionem & rei vindicatio, & hypothecaria actio, quas actiones diverſis de rebus dari intelligendum eſt. Datur vindicatio de rebus hereditariis, quia conditione fideicommiſſi exiſtente, & reſtituta hereditate fideicommiſſarius rerum hereditariarum dominus eſt effectus. At hypothecaria iiſdem de rebus non competit: nam hypothecaria pignora perſequitur. *§. item Serviana*, *Inſt. de act.* Nulli autem res ſua pignori teneri poteſt. *L. neque pignora*, *D. de reg. iur.* Sed datur hæc actio de rebus heredis, quæ ſunt alienæ, de quo diximus ſup. ad *L. 1. 2. com. de leg.* Sic tamen prohibetur hic quarta ab herede imminui, ut quatuor in cauſſis etiam eius imminutio concedatur, Nam primum, ſi heres dotem filiæ conſtituere velit, & nihil habeat in bonis, unde dotem hanc conſtituere, aut reſtituere poſſit; licet quarta etiam reliqua hereditatis in hac conſtitutione & reſtitutione dotis uti. Idem ei licet facere, ſi donationem propter nuptias cauſſa mortis velit conſtituere filiæ nomine, aut cum mulier eſſet rogata, ut ſoluto matrimonio donationem propter nuptias reſtituere debeat; & non habeat, unde hæc præſtet. Sed horum utrumque conceditur ſub conditione, ſi heres non habeat in ſuis facultatibus unde dotem hanc, aut donationem propter nuptias præſtet: quod ſi habebit, de ſuo præſtabit, non de quarta, ut nominatim in his duobus caſibus cautum eſt *Novel.* Iuſtin. Poteſt & hanc quartam conſumere in redemptionem captivorum, quod illi facere conceditur, ſine ulla exceptione, ſive habeat quid in bonis, ſive non habeat, ut apparet legenti Novel. Iuſtin. Si nihil horum eſt, etiam permittitur heredi quartam conſumere, ſi nihil habeat aliud, unde vivat. Cæterum his cauſſis exceptis, non permittitur ei quartam hereditatis attingere, dodrantem autem pro arbitrio conſumere conceditur. Quod ſi † heres bo- 3
nam fidem ſecutus nihil alienaverit, nihil conſumpſerit ex hereditate, utrum eo mortuo heres eius, dodrantem retinere poteſt, & ſuo arbitrio conſumere, ut tantum quartam reſtituere cogatur? Nos ita tenebimus, ubi de hereditate nihil eſt imminutum, heredem heredis rogati nihil amplius ex hereditate retinere poſſe præter quartam, dodrantem autem reſtituere cogendum eſſe. Idque Senatuſconſulto efficitur, *§. ſed quia*, *Inſt. eod. L. iubemus*, *ſupr. h. t.* Hoc amplius ita ſtatuemus; ſi heres rogatus, dum viveret, tantum ex fructibus hereditariis percepit, quantum ad quartam hereditatis ſufficeret, eos fructus in quartam imputari, & ita totam hereditatem reſtitui debere, quarta excluſa, uti ius antiquum fuit. *L. Papin. §. unde ſi quis*, *D. h. t. L. mulier*, *1. reſp. §. ſi heres*, *D. eod. L. in quartam*, *D. ad L. Falcid.* Hæc ita ſunt ex voluntate defuncti, qui hereditatem reſtitui volet, ut mutari non poſſit, niſi adverſus voluntatem teſtatoris aperte faciamus. Nam verba fideicommiſſi ſunt manifeſta; iubet teſtator heredem ſuum reſtituere, quod ex hereditate ſupererit: omnia ſuperſunt ex hereditate, quia nihil conſumptum eſt, ut fingimus; neceſſe eſt igitur ſecundum voluntatem hanc omnia reſtitui. Et quoniam Senatuſconſultum poteſtatem facit quartæ retinendæ, ideo heres rogatus, aut, eo mortuo, heres eius quartam retinere ex Senatuſconſulto poterit, ſed nihil amplius. Hæc ex iure veteri ſunt rata; neceſſe eſt igitur eadem nunc manere etiam, niſi poſterioribus conſtitutionibus Iuſtiniani vel aliorum Imperatorum mutata ſint, & aperte mutata. Tenenda enim ſemper eſt hæc regula: quicquid ex iure veteri correctum non eſt, id veteris iuris regulis eſſe relinquendum. *L. præcipimus*, *in fin. infr. de appell.* At ſuperiori iuri poſteriores nullæ leges adverſantur. In primis non obſtat Iuſtiniani Novella *de reſtit.* unde hæc Authentica eſt deſumpta; quia Iuſtinianus lata ea Novella permittit heredi, qui ita, ut ſupra ſcriptum eſt, rogatus eſt reſtituere, conſumere ex hereditate, quantum velit, dummodo quartam non attingat, & in ea poteſtatem ei facit dodrantis non reſtituen-

tuendi, sed ita, si dodrantem consumpserit. Nihil autem addidit, quod retinere heres deberet, aut posset, ubi nihil consumpsit. Proinde ubi nihil consumptum est, ius erit antiquum iuxta regulam suprascriptam.

Non obstat hæc authentica, ubi dicitur: eum heredem, de quo agitur, vel successorem cogi restituere quartam. Hoc enim non ita dicitur, quasi solam quartam restituere semper debeat; sed quia interdum non cogitur amplius restituere, videlicet si cætera hereditatis consumpserit: quod auctor huius authenticæ aliter sensit; quia ex Novella Iustiniani non colligitur ita: præterquam vero, quod ex verbis Iustiniani id non colligitur, etiam minime colligitur omnium ex sententia Iustiniani. Nam multis locis Iustinianus est testatus in supremis testantium voluntatibus, sibi hoc unum curæ esse, ut serventur supremæ voluntates, *L. 1. 2. in fin. supr. com. de leg.* & aliis locis innumeris. Idem ipse in specie proposita in dicta *Novell. de restit. §. pen. in fin.* §. testatur, se id agere, ut in hac quoque specie voluntas testatoris servetur. Ait enim, si testator vetuit satisdationem quartæ exigi, se non pati, ut ea exigatur; quin si exigatur, non fit eius, qui conservat voluntatem testatoris: quasi hoc absurdum putet non conservare. Atqui iam dixi & manifestum est, cum nihil ex hereditate consumptum est, voluntatem testatoris esse, ut quicquid ex hereditate supererit, restituat. Ergo & secundum sententiam Iustiniani restitui debet, quo defuncti voluntas conservetur. Non obstat *L. quanquam, infr. ad L. Falcid.* ubi scribitur, quemadmodum heres, a quo legata supra dodrantem relicta sunt, retinere quartam potest ex L. Falcidia. Ita etsi decesserit, heredem eius, quanvis legitimum, eodem beneficio uti posse, ex quo Accursius perverse colligit, sententiam hanc generalem: quod heredi rogato aliquid præstare, conceditur in eo quod rogatus est, id etiam successori eius concedi. Quæ definitio, neque ex eo loco colligitur, & per se aperte est falsa, ita ut nihil magis.

Nam ne longius abeamus, id liquet ex proposito exemplo. Heres institutus rogatus est, si sine liberis decesserit, restituere hereditatem Titio. Certum est heredem, dum vivit, retinere posse hereditatem. At eo mortuo heres eius statim restituere iubetur, *L. iubemus sup. h. t.* Similiter in proposito est dicendum; heres restituere rogatus est, quicquid eo mortuo ex hereditate supererit: poterit is heres dodrantem consumere, si volet, ex constitut. Instiniani. Sed si non consumpserit heres eius, restituere cogetur; quia ex hereditate defuncti id superest. Quid igitur ad speciem *d. L. quanquam*, dicimus? Respondeo, res expedita est: quicquid heredi rogato conceditur, id & successori eius concedendum est, nisi voluntas testatoris refragetur, & eiusmodi sit voluntas, quam leges tueantur, ut dixi in persona eius heredis, qui moriens est rogatus. Nam vivus retinere potest secundum voluntatem defuncti: ipso mortuo heres eius non potest: quia testatoris voluntas refragatur iubentis tunc restitui hereditatem. Idem fit, cum heres rogatur restituere, quod ex hereditate supererit. Nam voluntas defuncti viventi potestatem facit consumendi pro arbitrio usque ad dodrantem, ut Iustinianus voluntatem est interpretatus: at heres eius non potest idem facere; quia voluntas testatoris iubet eum heredem restituere, quod ex hereditate supererit.

Ad L.

Ad L. sancimus. penult.

Imp. Iustinianus A. Iuliano *Præfecto prætorio.*

Sancimus, licentiam esse etiam soli tutori recte fieri fideicommissi nomine universitatis restitutionem, quod pupillo relictum est, & sine onere fideiussionis: ubi tamen pupillus fari non possit, vel abesse noscitur: ne dum nimia subtilitate utimur circa res pupillares, ipsa subtilitas ad perniciem eorum revertatur. Idemque iuris esse oportet, & si furioso fideicommissaria debeatur hereditas: ut restitutio curatori eius soli nomine scilicet furiosi celebretur. Quis enim sensus, quæ vox certa furioso esse intelligitur, cum in utroque casu restituentes plenissimam consequantur ex nostra lege securitatem: hoc eodem observando, & si ipsi pupilli, vel furiosi restitutione gravati sunt.

S U M M A R I A.

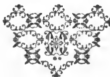
1. *Pupillo & furioso quomodo recte restituatur hereditas, ut in eos actiones transferantur ex Senatusconsulto.*
2. *An soli tutori hereditas possit restitui, ut iis casibus pupillo acquiratur, & an in pupillum actiones transeant.*
3. *Heres cum restituit hereditatem tutori, an ea restitutione liberetur, an vero caveri ei debeat cum fideiussoribus datis a tutore, heredem indemnem esse futurum.*
4. *Pupillus si heres institutus, & restituere hereditatem rogatus, quis & quomodo restituat.*

1 Rogatus est heres restituere hereditatem pupillo, rogatus est restituere † furioso: in his personis quæritur, quomodo hic recte restituatur hereditas, ut in eos actiones transferantur ex Senatusconsulto? Movet quæstionem personarum conditio; quia non restituitur hereditas, nisi consensu fideicommissarii. *L. restituta*, *D. eod* Et præterea valde iniquum est, quenquam invitum, aut ignorantem restituere obligari. *L. qui in aliena, in pr. de acquir. hered.* Porro infans pupillus consentire non potest: furiosus nullo modo: per tutores autem & curatores solos obligari hos, nihil continetur hic. Hinc quæritur, quid in his personis sit facto opus ad restitutionem hereditatis, & translationem actionis? De pupillo primum dicemus. Ipsi pupillo, si maior est 7. annis, recte hereditas restituitur: nam ea ætate sentire aliquid & velle existimatur, sed tutoris oportet accedat auctoritas, *L. restituta, §. 1. D. h. t.* Ratio huius rei redditur in *Institutionib. de auctor. tut.* Sed fieri potest, ut pupillus sit infans, cuius nulla voluntas: fieri potest, ut pupillus maior infante absit. Hic duo quæsita sunt, de quibus ius novum constituitur hic. I. Quæritur, † an soli tutori hereditas possit 2 restitui, ut iis casibus pupillo acquiratur, & an in pupillum actiones transeant? Et placet soli tutori his casibus recte restitui, in quo intelligimus recedi a iure veteri, quo etiam continetur factum Infantis, *L. servi, §. si pupillo, D. h. t.* Hoc ideo constitutum est, quia necessitas & utilitas pupillorum hoc exigit: nam revera infans consentire non potest, ut valde ineptum sit, ei tanquam consentienti adhiberi tutoris auctoritatem. Huc regula pertinet: etsi nihil facile ex solemnibus sit mutandum, id est ex solemni communi usitato iure; tamen ubi evidens ratio postulat, subveniendum est, *L. pen. D. de in integ. rest. L. etsi, de reg. iur.* Deinde quæritur, quid pertineat ad liberationem heredis restituentis fideicommissum, an † is, 3 cum restituerit hereditatem tutori, ea restitutione plene liberetur? an vero, quia non plene liberatur, debeat ei caveri cum fideiussoribus datis a tutore heredem indemnem esse futurum? Et constituitur hoc loco, restitutionem hanc sine ullo damno & periculo heredis processuram, & ob id nullam satisdationem eo nomine a tutore exigi posse: in quo rursum ius no-

vum a Iustiniano est constitutum. Recessit enim ab eo iure, quod prius ipse constituit *L. sancimus, de restit. milit.* & *L. constitutionem, sup. de administr. tutor.* Quibus constitutionibus cautum est, quod pupillo datur, id neque tutori, neque pupillo tutore auctore recte solvi, ut debitor plene, & sine ullo metu liberetur, nisi auctoritate iudicis id debitor fecerit, qui passus sit se in ius vocari, & vocatur iussu iudicis solius, vel tutoris vel pupilli. Iustinianus quosdam excepit casus, quibus adiicere debemus casum loci huius, nempe cum de restituenda pupillo fideicommissaria hereditate agitur. Eadem dicenda sunt, inquit Iustinianus, in curatore furiosi. Hoc sic est intelligendum, ut sint eadem, quod attinet ad facultatem restituendæ hereditatis curatori, & ad liberationem heredis restituentis. Cæterum multum interest ad vim acquisitæ hereditatis. Nam cum tutori pupilli restituta est hereditas, sic hereditas acquiritur pupillo, ut etiam eo mortuo intra pubertatem transferatur hereditas ad heredes eius. *L. si infanti, sup. de iur. delib.* At cum hereditas restituitur curatori furiosi, quamdiu furiosus vivit, retineri potest hereditas; sed si is in eodem furore decesserit, perinde erit, quasi hereditas non esset quæsita *L. ult. §. tali itaque, sup. de cur. furios.* Hæc dicta sunt de pupillo & furioso, quibus heres rogatus est restituere

4 hereditatem. Quid e converso † si pupillus heres institutus sit, & rogatus hereditatem restituere, quis & quomodo restituet? Hic rescriptum est, & hic eadem este dicenda. Id habet hanc sententiam: si pupillus & fari potest & præsens est, ipse restituet hereditatem, sed tutore auctore, *L. restituta, §. 1. D. h. t.* quod si autem infans est & aberit, tutor solus recte restituet, idemque in curatore furiosi dicendum est, ut curator solus recte restituat. Sed hoc ita est, nisi pupillus rogatus sit hereditatem restituere ipsi tutori. Nam hoc casu ipse sibi tutor restituere non potest, quia non habet, quod restituat, ut iura & actiones transeant. Nam hæ actiones sunt penes pupillum heredem, non tutorem. Pupillus igitur eas restituet, non tutor. Rursus pupillus restituere tutori non potest: non enim potest quicquam a se dimittere & alienare, sine tutoris auctoritate, *Inst. de auctor. tut. L. obligari, D. de auctor. tut.* Porro tutor in rem suam auctor fieri non potest. *L. 1. de auctor tutor.* sic fit, ut eius voluntate, & auctoritate restitui ei hereditas non possit dicta *L. restituta, §. 1.* Et ideo aut alius tutor quærendus est, qui pupillo auctor sit, aut iudex adeundus est, cuius auctoritate restituat pupillus hereditatem, argumento *L. si infanti, sup. de iur. delib.*

Sed hic occurritur. Nam constat tutorem solum, si quod ei pupillus debeat, posse sibi solvere. *L. quoties, 9. §. si quid D. de administr. tut.* Cur ergo & non potest fideicommissarius sibi a pupillo debitum solvere restituendo? Quia solutio, de qua dicitur in *d. L. quoties, §. si quid,* intelligitur naturalis solutio pecuniæ, ut solutionis verbum significat, *L. solutam, D. de solut.* perspicuum est autem multum interesse inter corpora pecuniæ, & actiones incorporales. Corpora pecuniæ a tutore corpore sumi possunt, eaque in rem suam potest tutor convertere natura. At actiones naturales sunt tantum in pupillo herede, quas secundum naturam tangere, & tractare tutor nequit: solum ex animo consistunt, sic animo & voluntate transferuntur, voluntate, inquam, eius, in quo subsistunt actiones.



Ad §.

Ad §. 1.

Cum autem aliquis hereditatem restituere iussus est, & dolo malo, vel post litem contestatam, vel ante sese contumaciter celaverit: vel si suppositus fideicommissariæ restitutioni, antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est, nullo herede vel successore ei existente: vel fideicommissarius, cui restituta est ex Trebelliano Senatusconsulto hereditas, alii per fideicommissum restituere iussus fuerit res hereditarias: quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur, & Domitius Ulpianus constituendum esse super his putavit. Sancimus itaque, ut sive per contumaciam absfuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte præventus nullo relicto successore fuerit, sive a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est: ipso iure utiles actiones transferantur. Dat. X. Kalend. Novemb. Constantinop. Lampadio & Oreste VV. CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Hereditas fideicommissaria, quando & quomodo acquiratur fideicommissario.*

1 HIC locus ostendit in universum, quando † & quomodo hereditas fideicommissaria acquiratur fideicommissario. De eo ita statutum est: tunc demum hereditatem acquiri fideicommissario, cum ab herede rogato restituta est. Proinde acquiri restitutione, non aliter. Id ex hoc loco intelligitur hoc modo. Nam cum hic dicitur in casibus tantum certis hereditatem fideicommissario acquiri ipso iure, hoc ipso confirmatur non acquiri extra hos casus, non acquiri, nisi tunc cum ab herede est restituta. Hæc autem sententia satis intellecta est ex Senatusconsulto *L. 1. D. h. t.* Nam eo Senatusconsulto cautum est, ei & in eum dari actiones, cui fideicommissum restitutum erit, sive ut est in *§. restituta, Inst. eod.* cui ex fideicommisso restituta erit hereditas, his verbis: *cui hereditas restituta est.* Conditio hæc confirmatur, si ei fideicommissum, aut hereditas sit restituta. *L. Stichum. 6. de legat.* 1. Inde dictum est, si heres, priusquam adiret & restitueret hereditatem, decesserit, intercidere fideicommissum, *L. ille a quo, D. eod.* Nam herede mortuo neque ipse, qui non est, eam restituet, neque heres eius hereditatem eam adire potest; quia hereditas non adita non transmittitur ad successores heredis, *L. unica, §. in novissimo, inf. de cad. toll.* Sed tamen iustis de caussis interdum placet hereditatem fideicommissario etiam ipso iure acquiri, & ipso iure transire in eum actiones: quo verbo hæc constitutio utitur in fine, *ipso iure valet*, iuris potestate sine ullo facto, aut opera fideicommissarii, idest, sine ulla restitutione, & susceptione hereditatis: quomodo hoc verbum usurpatur, cum dicimus suis heredibus hereditatem ipso iure acquiri. Hoc enim significatur, suis heredibus etiam ignorantibus & invitis acquiri, sine ulla aditione hereditatis, aut pro herede gestione. *§. fin. Inst. de hered. quæ ab intestato.* Ut autem ita transferatur hereditas & actiones, tribus in casibus receptum est, de quibus hic est constitutum.

I. Casus: si heres conventus iudicio, ut hereditatem restitueret, dolo malo se celaverit, aut post litem contestatam, vel ante. Exigit constitutio, ut se celaverit contumaciter. Id ita fieri intelligitur, non si semel conventus non venerit in ius, sed si tribus denuntiationibus evocatus, aut una, quam prætor etiam dixerat pro omnibus, præsentiam sui facere contemnit, sic enim definitur contumacia in *L. contumacia, D. de re iudic.* Exigit constitutio, ut se dolo malo celarit: ex quo intelligimus, aut ipsi heredi coram esse denuntiandum, aut probandum, significatum illi fuisse a domesticis, apud quos vocatio in ius facta est. Notandum est autem non exigi, ut heres pronuntiatus sit a magistratu se celasse, sed solum ut se cela-

celaverit: ex quo colligitur, nulla sententia iudicis hac in re opus esse, ad declarandam contumaciam heredis vocati, sed satis esse probari, eum rite vocatum contempsisse. Sed quomodo id probabitur? Respond. ex actis iudicis sui tribunalis; nam in his perscribitur petitio fideicommissarii, iussus magistratus iubentis heredem vocari & adesse, vocatio apparitoris, & contemptus heredis, qui declaratur ad condictum diem non venisse.

II. Casus, si heres rogatus ante restitutam hereditatem decesserit sine ullo herede, quod sic intelligitur: si decesserit, prius adita hereditate, ita ut de ea solum restituenda ageretur. Nam alioqui, qui non adita hereditate decesserit, facit, ut intercidat fideicommissum, ut initio dixi ex *L. ille a quo, §. 1. in fin. D. eod.* Sed quomodo probabitur heres decessisse sine herede, cum possent esse innumerabiles heredes, qui lateant? Respondeo, hoc ipso probatur, quod nulli heredes extent, & ideo si fideicommissarius mortuo herede rogato putet, heredem sine herede decessisse, potest tuto convenire hereditarios debitores, quod dicat actiones hereditarias in se ipsum iure transisse, quia heres sine herede decesserit: nam si debitores dicent ei esse aliquem heredem, qui dicunt, probare debent, *L. 2. de probat.* si non probant, nulla probatio a fideicommissario est exigenda. Quia hæc oratio; *heredem decessisse sine ullo herede relicto*, negatio est facti. Factum autem negantis per rerum naturam nulla est probatio, ut est in *L. actor, sup. de probat.*

III. Casus, si heres rogatus sit restituere hereditatem Primo, & is Primus rogatus sit restituere eandem hereditatem Secundo. Placet hoc casu, si Primo restituta sit hereditas, statim sine ulla alia restitutione actiones transire in fideicommissarium Secundum, si ei pure restituitur hereditas: aut si restitui debeat sub conditione, tunc transire, cum conditio extiterit. Huic casui similis est, ac prope idem, qui refertur in *L. 1. §. sed & quoties, D. eod.* cum videlicet heres rogatus est restituere hereditatem duobus, uni partem pure, alteri partem sub conditione, & postulante eo, cui pure relicta erat, heres hereditatem adiit, & totam ei restituit. Placet enim conditione alterius partis postea exsistente, statim postea actiones transire in eum fideicommissarium, cui sub conditione pars relicta erat. Sed cur id receptum est potius in persona fideicommissarii, quam in persona heredis instituti, idest, cur potius ab herede exigimus, ut hereditatem restituat, quam exigimus a fideicommissario Primo, ut, eam Secundo fideicommissario restituat? Respondeo, ubi heres non restituit, nemo est, qui restituat, & ubi semel fideicommissario Primo restituit, videtur sub persona eius, & Primo & Secundo restituisse, quasi Primus & sua, & fideicommissarii gratia acceperit. Hic opponitur *L. 3. §. de illo D. eod.* ubi in eadem specie dicitur Primus fideicommissarius restituendo transferre actiones in Secundum. Respondeo, restituendo transfert, si vult: si non vult, nihilominus ipso iure transeunt actiones in fideicommissarium. Quod si Ulpianus aliud sensit, in *§. de illo*, sciendum eum locum hac constitutione emendari, quæ est ex 50. decisionibus Iustiniani. Ut sunt tres hi casus hoc loco constituti, in quibus sine ulla restitutione hereditatis transeunt in fideicommissarium; ita non plures casus occurrunt, quibus actiones transeunt. Postremo obstat *L. ult. §. fin autem, sup. commun. de legat.* ubi si heres sub conditione rogatus hereditatem restituere, pendente conditione abalienarit res hereditarias: placet conditione exsistente dominium rerum hereditariarum ad ipsum fideicommissarium ipso iure pertinere. Hoc ita intelligendum est, si prius restituta erit fideicommissario hereditas: restituitur autem hereditas, ut dixi in initio huius tit. non si singulæ res hereditariæ restituantur, sed si dicat heres, se restituere hereditatem, etiamsi nulla restituat corpora, *L. restituta, D. eod.* Regulariter igitur oportet hereditatem, de qua nunc agitur, restituere, non est necesse restitui res singulas, ut illic scriptum est.

Non obstat *L. ita tamen, §. si pater, D. h. t.* ubi filio suo herede instituto, & rogato restituere hereditatem, dicuntur, actiones transire in fideicommissarium, quanvis filius se non immiscuerit hereditati. Adiicit eo loco, quod ad responsionem pertinet. Sic enim dicuntur actiones transire, si filius hereditatem restituat; restituendo igitur hereditatem, actiones transfert. Sed non est necesse, ut se immisceat hereditati, ad hoc, ut restituere possit. Optima ratione; quia sui heredes ipso iure heredes sunt, sine ulla aditione & immixtione, *§. sui, Inst. de hered. quæ ab intest.* Hoc loco non importune quæritur, quando de duobus fideicommissariis agitur, quorum prior secundo rogatur restituere hereditatem, an prior fideicommissarius itidem retinere quartam possit ex Senatusconsulto, ut potuit heres

prius

prius rogatus. Dixerit aliquis eum statim posse ex sententia Senatusconsulti: nam constat ex Senatusconsulto heredem omnem rogatum hereditatem restituere, posse quartam retinere, ut ex singulis per L. Falcidiam conceditur. §. *sed quia heres, Inst. eod.* Diximus autem fideicommissarios, quibus hereditas restituitur, heredis loco esse, *L. postulante, § ultim. D. eod.* Proinde quod iuris est in heredibus, idem & in fideicommissariis statuendum, ut & sic restituta hereditate tota possint quartam retinere. Sed hoc non est ita: alioqui duæ quartæ aliquando auferentur postremo legatario, quod est contra sententiam Senatusconsulti, quod unam quartam retineri voluit. Proinde de ea re sic est statuendum.

Cum heres institutus rogatus est restituere hereditatem Primo, & restituit, Primus autem item rogatus est restituere hereditatem Secundo, & quæritur, an Primus fideicommissarius quartam possit retinere? Dicendum est, si heres institutus prius quartam retinuit, nunquam fideicommissarium Primum quartam retinere posse, sed quod accepit, totum restituere cogendum. Quia ab herede retentum est, quemadmodum Senatusconsultum voluit eum una quarta uti. Quod si heres rogatus restituere Primo fideicommissario, totam hereditatem restituit nulla quarta retenta, interest, utrum ideo non tenuerit quartam; quia coactus hereditatem adiit, & restituit: an vero; quia volens quartam non retinuit. Si coactus hereditatem adiit, & ideo nihil retinuit, Primus fideicommissarius suo iure quartam retinebit, *L. Marcellus. L. facta, §. si cum suspectam, D. eod.* Sin autem heres volens non retinuit quartam, perinde non habebit, quasi retinuisset, & eam remisisset Secundo fideicommissario. Proinde fideicommissarius Primus eam non habebit, præterquam si heres Primi fideicommissarii gratia non retinuit, ut scilicet liberalitatem in eum exerceret; quia vellet eum quartam retinere, *L. 1. §. inde Neratius, D. eod.*

Ad L. ult. Quidam.

Idem A. Ioanni *Præfecto prætorio.*

Quidam testamento condito iussit heredem omnem hereditatem, quam ei dereliquit, alii restituere: speciale etiam fideicommissum alteri adscripsit, & quærebatur, specialis fideicommissarius, id quod ei derelictum est, a quo consequi debeat: utrumne ab herede, ut post restitutionem eius alias res universitatis fideicommissarius accipiat: an una cum aliis rebus oporteat & hoc generali fideicommissario aggregari, ut ipse speciali fideicommissario hoc tradat, sive in rebus, sive in pecuniis fideicommissum relictum sit. Sancimus itaque, totam quidem substantiam secundum Senatusconsulti Trebelliani auctoritatem restitui generali fideicommissario, illum autem speciali fideicommissario, id quod ei derelictum est, dependere. Dat. XV. Kalend. Novemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis, VV. CC. anno secundo.

S U M M A R I A.

1. *Heres rogatus restituere hereditatem, si totam restituere vult, non tenetur legatariis, aut fideicommissariis, quibus quid simpliciter legatum, vel fideicommissum est.*
2. *An idem tribuendum sit heredi, nondum restituta ab eo hereditate.*

1 HEres † rogatus hereditatem restituere, si totam restituere vult, non tenetur legatariis, aut fideicommissariis, quibus quid simpliciter legatum, aut fideicommissum est. Hoc ius constat ex Senatusconsulto, si iam restituta hereditate legatarii, aut fideicommissarii cum herede agant. Nam ex Senatusconsulto transeunt actio-

actiones in fideicommissarium. Sed quæ- e stio est; an idem tribuendum sit † heredi, nondum restituta ab eo hereditate, de qua re ius constituitur. Idem nimirum tribuendum esse heredi, etiam antequam hereditatem restituat, si paratus sit totam restituere, in quo ius aliquod novum constitutum videtur. Nam ex Senatusconsulto non transeunt actiones in fideicommissarium, actiones dico æris alieni & legatorum nisi restituta hereditate. Ante restitutam autem hereditatem actiones penes heredes manent, ut his actionibus heredes teneantur. Sed Iustinianus hoc loco voluit, perinde esse, ac si heres restituisset hereditatem, quam restituere paratus est: proinde fideicommissarii legatarium convenient, non heredem.

Adiicitur *h. L.* fideicommissarium a legatariis solum conveniri, & heredem totam hereditatem restituere, cui sententiæ Senatusconsultum adversatur. Nam quanvis heres nominatim sit rogatus hereditatem totam restituere, tamen quartam ex Senatusconsulto retinere semper potest, §. *sed quia heredes*, *Inst.* Et quanvis testator vetuerit quartam retinere, nihil agit, quoniam conventionibus privatorum iuri publico non potest derogari. *L. quod bonis*, §. 1. *ad L. Falcid.* Dicendum est, si heres in specie proposita velit quartam retinere, id ei facere licere: sed intelligendum est de eo herede agi, qui sua sponte voluntatem defuncti secutus, totam hereditatem restituit; in quo dubitari poterat, an possit a se reiicere onera hereditaria pro ea parte, quam remittit. Et hoc loco cavetur posse, quod & Senatusconsulto Trebelliano efficiebatur, sed moveri potuit dubitatio Senatusconsulto Pegasiano quod quartam retineri voluit.

AD TITU-

AD TITULUM XLIX.

COD. AD L. FALCIDIAM.

SUMMARIA.

1. *Brevis superiorum titulorum anacephalæosis, & tripartita huius legis partitio. & num. 2.*
3. *Primum legis caput liberam legandi potestatem usque ad dodrantem concedit.*
4. *Secundum cavet, ne ultra dodrantem legare liceat:*
5. *Tertium cavet, ut legata, quatenus dodrantem excedunt, eatenus ipso iure imminuantur. Eiusdem exceptio. num 6.*
7. *Dodrans patrimonii quomodo & in quo tempore æstimandus sit.*

1 SUperioribus † titulis *de legat. & fideicom.* item *commun. de leg.* & aliis aliquot locis coniunctis, ius constitutum est: quæcunque legata, aut fideicommissa sint, valere, dum eo modo, quo oportet, & quibus oportet, & quas res oportet, legatum sit. Hoc totum cum hac exceptione intelligendum est, dummodo non legetur ultra dodrantem patrimonii: nam ultra legare non licet, & quod ultra est, pro legato non habetur. De qua re hic agitur. Id autem L. Falcidia effectum est. Lex Falcidia plebiscitum est: lata est enim a C. Falcidio, Tribuno plebis, Augusti temporibus, Dion *in Aug.* Euseb. *in Chron.* Refertur ex Isidoro in canone quædam distinctio: eius legis complures clausulæ referuntur in *L. 1. D. eod.* quæ totidem capita legis faciunt, si verba spectemus.
2 Quod si rem & sententiam † L. spectabimus, summa eius legis tribus capitibus continebitur.

3 Primum † caput L. liberam legandi potestatem dat, usque ad dodrantem, abrogatis contrariis legibus, *L. 1. statim, in pr. D. eod.* Statim occurrit nobis quæstio, quid opus fuerit hac parte L. cum de ea potestate etiam abunde cautum esset L. 12. tabularum, his verbis; Uti quisque legassit, &c. *L. verbis L. D. de verb. sig.* Respondeo: Nihil hac lege Falcidia opus fuisse, si a lege 12. tabularum in hac re recessum non esset. Sed facultas legandi ea lege constituta, imminuta erat L. Furia & L. Voconia, quæ leges commemorantur *in pr. tit. de L. Falcid in Inst.* de quibus est apud Theophilum. De L. Furia est *in fragmentis Ulpiani, Inst.* Ergo adversus has leges hæc Lex Falcidia veterem facultatem legandi restituit. Et quoniam huic parti adversari poterant præcedentes leges, adiectum est in hac parte, quod ad eas leges abrogandas pertineret. Nam cum L. Furia caveretur, ne liceret cuiquam donare aut legare caussa mortis supra mille asses, ut Ulpianus refert: & præterea si quis amplius cepisset, eius quod amplius cepisset, quadrupli pœnam restitueret: cautum est Lege Falcidia, ut quanta pecunia cuiquam legata erit, eam pecuniam sine fraude tunc capere liceat. In his verbis; *Ex quibus quid ita datum, &c. sine fraude sua, &c. sine ullo delicto:* & per consequens sine ullo damno pœnave sua omni, quæ prioribus legibus constituta esset. Rursum cum Lege Voconia caveretur, ne legatarius plus haberet, quam heres, atque ita fieret, ut si cui legatum esset amplius, quam heres haberet, id, quod amplius, heres præstare non cogeretur. Huic quoque parti alia clausula Legis Falcidiæ occursum est, ad eandem potestatem legandi pertinente, qua clausula est iussus, ut heres, qui dare iussus damnatusve est, id, quod dare condemnatur, ipse habeat. Quas clausulas apparet ad abrogandas LL. priores pertinere. Ita ad hanc facultatem legandi, pertinent 3. clausulæ L. Falcid. nempe 1. 3. 4.
Secundum caput † legis cavet, ne ultra dodrantem legare liceat, sed hactenus, ut non minus, quam quartam partem hereditatis ex testamento heredes capiant. Id effectum est secunda clausula eius legis. Et hic modus est, qui dicitur in Lege Falcidia legatis esse impositus, *Instit. eod. tit. in princ.* Modus, idest, moderatio ad quam usque legare liceret. 4

Tertium caput † totum prætermissum est, *L. 1. D. h. t.* Hoc autem capite si supra dodrantem patrimonii quid legatum erit, lex cavet, quid velit fieri de legatis. 5

tis. Cavet autem, ut quatenus legata dodrantem excedunt, eatenus de singulis pro rata portione detrahatur, & ipso iure imminuantur, ut declaratur in *L. in quantitate* 73. *§. ult. D. eod.* Addita est †
6 exceptio eodem capite. Nam Lege Falcidia non minuuntur hæc; Dos uxori legata: Item res uxoris caussa emptæ, paratæ, quæ ei legatæ sunt, *L. si usufr.*
7 *D. eod.* Præterea † eodem capite cautum est, huius patrimonii dodrantem lege hac vere accipi in ea quantitate quæ æstimatur tempore mortis. Nam res docet, aliam quantitatem esse solere patrimonii, cum testator moritur, aliam, cum heres adit, aliam cum legata præstantur. Nam res quæ defuncti fuerunt, possunt interire vel incendiis, vel bello, vel aliis casibus; contra quoque augeri multis partibus possunt, ut permagni referat, ex quo tempore æstimemus patrimonium. Ob hanc caussam cautum est, ut in exquirenda quantitate patrimonii, ad hoc, ut sciatur, an supra dodrantem eius patrimonii legatum sit, mortis testatoris tempus spectetur, *d. L. in quantitate, in pr. D. eod.* Præterea ut æstimetur patrimonium deducto ære alieno, funeris impensa, & pretiis servorum manumissorum de quo dicitur in *d. L. in quantitate*. Sic ergo dicendum est; usque ad patrimonii dodrantem legare licet, supra dodrantem non licet ex L. Falcidia. Si supra dodrantem legatum erit, quatenus legata dodrantem excedent, eatenus legata ipso iure per legem minuuntur. Utrum supra dodrantem legatum sit, nec ne, ita constabit, si contributis in unum legatis, & his, quæ præterea haberi debent: deinde ex altera parte æstimato pretio harum rerum, summas inter se conferemus, ut videamus an legatorum summa dodrantem patrimonii excedat. In æstimando patrimonio observandum est, non ex quovis tempore æstimari, puta aditæ hereditatis, aut eo tempore, quo legata præstantur, sed tempore mortis testatoris. Et hanc computationem patrimonii fieri, deducto prius ære alieno defuncti, funeris impensa, & pretiis servorum testamento manumissorum.

Ad L. Scire debes. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Prisco.

Scire debes, omissa Falcidia, quo pleniorem fidem restituendæ portionis exhiberes, non videri plus debito solutum esse. PP. III. Id. Maii, Laterano & Rufino Coss.

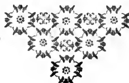
S U M M A R I A.

1. *Si heres sciens supra dodrantem legatum esse, contempto L. Falcidia beneficio, integra legata præstet, an, quod ex eadem L. debebatur, repetere possit.*
2. *An quod ultra dodrantem solutum est, tanquam debitum, an vero tanquam indebitum datum sit.*
3. *Quæstionis huius ratio.*

Si supra dodrantem legatum sit, quatenus legatum dodrantem excedit, tantum heres de legato retinere potest. Quid
1 † si heres sciens supra dodrantem legatum esse, omittet Falcidiam consulto, id est contempto iure, quod habet ex lege Falcidia, integra legata præstet, voluntatem defuncti bona fide secutus: an poterit, quod ex lege Falcidia debebatur, repetere? Et certum est, eum repetere non posse, sive id, quod dodrantem excedebat, debitum fuerit ab herede, seu indebitum. Nam debitum solutum citra controversiam repeti non potest. Indebitum autem ab eo, qui sciebat se non debere, datum, non intelligitur solutum, sed donatum. Donati nulla repetitio est, *L. 1. D. de condict. indeb. L. cuius per errorem, de reg. iur.* Etsi hoc ita sit, tamen hic amplius quæritur, an † id quod 2
ultra dodrantem solutum est, tanquam debitum solutum, an vero tanquam indebitum datum sit? Et respondetur hoc loco quod amplius, quam per L. Falcidiam retinere licebat, datum est, id indebitum solutum non videri; proinde repeti non pos-

posse, quia debitum solutum videatur. Hic obiiciuntur illi loci, in quibus diserte traditum est, cum legata dodrantem excedunt, quatenus excedunt, ipso iure minui per L. Falcidiam ut perinde habeantur, quasi nec legata sint, *L. in quantitate, §. ult. D. eod. L. 1. §. si quis ex mortis, D. quod legat.* Hic non possumus uti distinctione vulgari, ut dicamus id, quod dodrantem excedit, naturaliter deberi propter defuncti voluntatem qui legavit: iure civili autem non deberi, propter L. Falcidiam quæ ultra dodrantem legare vetat. Nam si hoc legatum totum naturaliter debetur: etiam quod dodrantem excedit, si solvatur ab herede, nunquam repeti poterit, tametsi heres per errorem facti solverit; quoniam ea, quæ naturaliter debentur, soluta repeti non possunt. At quod ultra dodrantem per errorem solutum est, repeti potest, *L. error, infr. h. t.* Proinde nec naturaliter id debebatur. Dicendum est igitur id, quod res est, cum supra dodrantem legatum est, id quod dodrantem excedit, alias in totum debetur, alias in totum non debetur. In totum non debetur ex L. Falcidia, si heres Falcidiæ beneficio uti velit; in quam sententiam accipiendi sunt superiores loci de legatis imminuendis. At in totum debetur, si heres consulto legis Falcidiæ beneficium omittat, ut hic proponitur. Tum enim legatum debetur totum naturaliter propter voluntatem defuncti. Item & civiliter ex L. 12. tab. quæ iubet, *uti quisque legas. &c.* Neque hoc casu L. 12. tabularum impeditur lex Falcidia quia legis Falcidiæ mens est, ubi heres quartam retinere non vult, ut in totum voluntas defuncti conservetur, quoniam L. Falcidia testatoris caussa lata est, *Instit. eod. in pr.*

Sed cur frustra † quærimus, utrum id, quod dodrantem excedit, sit debitum, an indebitum: cum ubi id ultro ab herede præstatur, etiamsi indebitum fuerit, tamen repeti non possit, quia (ut dictum) videatur donatum? Resp. Effectus hic est, quod si debitum solutum est, nunquam repeti potest: si indebitum fuit, interdum revocari potest; quia non omnes donationes inter omnes valent, qualis est donatio inter virum & uxorem. Finge hoc modo: Maritus a testatore heres institutus est, ab eo supra dodrantem patrimonii legata relicta sunt, & inter cætera legatum est ab eo relictum uxori eius. Heres sciens ultra dodrantem esse legatum, uxori suæ restituit. Quæritur, an quod in hoc legato dodrantem excedit, maritus repetere possit? Quæstio in eo est, an debitum, an vero indebitum solverit: si debitum solvit, repetere non potest: si indebitum, donavit; & ideo repetere potest, quia debitum solutum inter maritum & uxorem interdictum non est, donatio interdicta est, *L. 1. 2. 3. de donat. inter virum & uxorem.* Respondetur ex hoc loco, id, quod dodrantem excedit, repeti non posse; quia donatum non sit, sed debitum solutum. Idque ex hac ratione etiam a veteribus responsum est, *L. 5. §. si quis rogatus, D. de donat. inter vir. & uxor.* Ideoque ex veterum Iureconsultorum sententiis hoc rescriptum translatitium est. 3



Ad L. Falcidiæ rationem. 2.

Idem A. Sanctiano.

Falcidiæ rationem adversus omnes pro modo legatorum & fideicommissorum locum habere, certi & explorati iuris est. PP. Kal. Iul. Laterano & Rufino Coss.

S U M M A R I A.

1. *An si legata dodrantem excedunt, heres id, quod amplius est, adversus unum legatarium, an adversus omnes retinere debeat?*
2. *Legata dodrantem excedentia interdum non minuuntur, sed pro parte, quæ deduci debebat, æstimatio aliunde præstatur.*
3. *Si res legata divisionem accipit, in ipsa re deductio fit, non in alia, & fit, quatenus legatam dodrantem excedit.*

CUM legata dodrantem excedunt, id retinere heres potest, quod amplius
1 est. Quæritur, † utrum adversus unum legatarium retinere id totum possit, an adversus omnes id retinere debeat? Hic scriptum est, retinere debere non adversus unum, sed adversus omnes, quibus quid testamento relictum est. Sed cur id potius adversus omnes est retinendum, quam adversus unum, cum L. Falcidia id solum caveatur, ut heres quartam partem hereditatis habeat: unde autem habeat, L. Falcidia non exprimitur? Respon. L. Falcidia non de quarta tantum hereditatis heredi relinquenda cavet, sed etiam maxime de legatis præstandis intra dodrantem, qua in parte L. Falcidia legatariis ex æquo consultum voluit. Proinde usque ad dodrantem singulis legata præstabuntur. Quod dodrantem excedit, non poterit ab uno deduci quia isto modo huic uni detraheretur, ut augerentur cæterorum legata, quod est contra sententiam legis. Ut adversus omnes legatarios detrahitur id, quod dodrantem excedit: ita consequens est, id, quod heres habere debet ultra quartam, non posse eum deducere in una aliqua re legata, quæ efficiat universam eam summam, quæ heredi debetur supra dodrantem: sed singulorum legata per Falcidiam minui, ut quod in singulis supra dodrantem patrimonii legatum, id de singulis pro portione detrahatur, & quidem ipso iure. *L. in quantitate, §. ult. D. eod. si quis ex mortis, D. quod legat.* Id hanc vim habet, ut si proponas, patrimonium legatis exhaustum esse, & fundum Tusculanum legatum esse Titio, dicendum sit, in hoc fundo partes tres esse Titii legatarii, quartam partem esse ipso iure hereditatis, quasi nec legatam: ut intelligamus ex hoc ipso prædio quartam deduci & deduci ipso iure, quasi semper apud heredem mansisset. Hinc fit, ut heres natura quartam, quæ dodrantem excedit, iure vindicare possit in eo fundo, & a legatario, & a quovis possessore, ut scriptum est *L. lineam, D. eod.* Quod non fieret, nisi dominium iure mansisset heredis; quia non alii competit in rem actio, quam domino. *L. in rem D. de rei vind.* Interdum tamen † ipsa 2
legata non minuuntur, tametsi supra dodrantem legatum sit, sed pro ea parte, quæ deduci ex L. debebat, præstatur aliunde heredi æstimatio. Id autem contingit ubi res legata natura divisionem non recipit. Huius generis servitus est. Si defunctus legaverit Titio ius eundi, agendi per fundum hereditarium, iter solidum præstabitur legatario, etiamsi L. Falcidiæ locus sit; quoniam pro parte iter præstari non potest, sed cum pars itineris præstari non possit, pro ea parte præstabitur æstimatio, ut legi Falcidiæ satisfiat, *L. 7. D. eod.* idem accidit in libertate servo a testatore relicta, si eidem servo aliquid legatum sit. Nam si legata omnia contributa dodrantem excedant, nihilominus libertas in solidum præstabitur; quia pro parte non potest, sed æstimabitur servus, cuius æstimationis pars heredi relinquitur, quatenus legatum dodrantem excedit, idque sumetur ex eo legato, quod manumisso datum est *L. plane, L. seq. D. eod.*

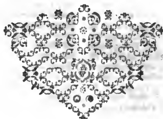
Cæ-

3 Cæterum † si res legata divisionem recipiat, in ea ipsa re deductio fit, non in alia, & fit, quatenus legatum dodrantem excedit. Est autem ita, ut in eo legato deductio fiat pro cæteris legatis. Opponitur *L. filium quem, sup. famil. ercisc.* ubi heres rogatus restituere hereditatem, quartam retinet in uno certo fundo. Respondeo: Id ideo fit, quia is fundus legatus erat, & heres ex aliis rebus quartam deducere non poterat. Nam illic heres rogatus erat restituere hereditatem habens fundum, id est restituere ea lege, ut sibi fundum præciperet, & sibi haberet. Eum igitur fundum heres iure prælegati habuit, & ut habet, ita in quartam imputat, *L. in quartam, D. ad leg. Falcidiam*. Cum autem fundus sufficeret ad quartam una cum cæteris rebus, quæ heredi relictæ, aut ab eo deductæ: eo fiebat, ut de cæteris rebus Falcidiam detrahere non posset. Nos autem hic dicimus, cum de cæteris rebus Falcidia detrahi potest, nunquam heres eam portionem Falcidiæ in alia re deducere potest.

Opponitur *L. non amplius, §. 1. de legat. 1.* ubi pars bonorum legata est, placet heredem pro rebus hereditariis estimationem præstare posse. Respondeo: Hic locus nihil ad rem pertinet: nam illic apparet, non quando quid heres retinere possit; sed quid præstari debeat legatario. Et placet eum debere præstare aut res, aut æstimationem, ut illi commodum visum fuerit. Et quamvis diceremus heredem posse ex ea æstimatione, quam præstat, deducere Falcidiæ portionem; tamen non deduceret ex alia re, quam quæ legata est; nam legata parte bonorum, æstimatio legata intelligitur; prout heredi visum fuerit, ut dixi.

Opponitur *L. lineam, D. eod.* ubi rem, ex qua heres quartam Falcidiam detrahere poterat, cum ea esset apud legatarium; non pro parte tantum repeti, sed repeti totam proponitur.

Respondeo: Cum rei legatum apud legatarium reperitur sine voluntate heredis, eam heres repetere potest interdicto, quod legatorum, &c. *L. 1. D. quod legatorum, &c.* Sed hæc repetitio non eo pertinet, ut totam rem legatam heres habeat, sed ut possit iudicio communi dividundo, aut privato consensu portionem, quæ ei ex L. Falcidia debetur, retinere. Postremo opponitur *L. si ex pluribus, D. eod.* ubi pluribus rebus uni legatis, cum locus L. Falcidiæ esset, & heres quasdam ex his rebus in solidum legatario præstitisset, potest reliquas in solidum retinere, nisi portio Falcidiæ in reliquis iam solutis debita præstetur. Respondeo: Nunquam portio Falcidiæ, quæ ex certis rebus debetur, aut maior peti, retinerive potest, quam debetur, aut in aliis rebus retineri, quam in quibus debetur: sed eius portionis consequendæ non una ratio est. Nam interdum recta deducitur, interdum obliqua via, dum aut res legata, quæ est apud legatarium, repetitur interdicto quod legatorum, aut aliæ res legatæ nondum præstitæ per exceptionem doli mali retinentur: nisi legatarius, quod in cæteris rebus iam ei solutis, dodrantem excedit, paratus sit restituere. Quæ sunt rationes expositæ in *d. L. lineam, & d. L. si ex pluribus, D. eod.*



Ad L. Etiamsi. 3.

Imp. Alexander August. Hermagoræ.

Etiamsi tacitum fideicommissum heredem administrasse apparuerit: legata tamen, seu fideicommissa, quæ testamento relicta sunt, præstanda esse, ambigi non oportet: ad eum videlicet modum, quem lex Falcidia patitur: cum quartam, quæ aufertur heredi, qui contra legem fidem suam obtulit, legatariis proficere non placuit. PP. Id. Octobr. Alexand. A. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Hereditas, quæ ut indigno aufertur, ad fiscum cum suis oneribus & commodis pertinet, idemque in ea vice heredis scripti fungitur, legata præstando & Falcidiam detrahendo.*
2. *Quæstio huius legis.*

1 QUoties † hereditas heredi scripto tanquam indigno aufertur, & fisco vindicatur, toties hereditas ad fiscum cum suis oneribus & commodis pertinet, omninoque fiscus in ea hereditate vice heredis scripti fungitur; & ideo si quæ legata testamento relicta sunt, ea fiscus præstat. Similiter si heres Falcidiam detrahere potuit, quia dodrantem legata excedunt, etiam fiscus detrahere poterit, *L. 3. §. ult. D. ad Trebell. L. cum fiscus, D. de Syll. Senatusconsulto.* Idem confirmatur in hoc rescripto, in persona eius heredis, qui tacite fidem suam accommodavit testatori, ut hereditatem restitueret ei, qui capere non poterat, quia fides hic accommodatur in fraudem legis. Placuit fraudem ita vindicare, ut hereditas tanquam indigno auferatur & vindicetur fisco, *L. in fraudem, L. heres D. de his, quib. ut indig. L. 3. L. cum tacitum. D. de iure fisci.* Hoc autem cum fit, etiam fiscus in legatis eodem illo iure utitur, quod supra diximus: nam & legata præstat, & præstat intra modum legis Falcidiæ, idest, ut quartam partem hereditatis integram retineat, ut hic. Et hoc ius tunc certum est, cum heres, qui tacite fidem suam accommodavit, fideicommissario restituit quarta retenta, *d. L. cum tacitum, de iure fisc.* Nam tunc iure heredis fiscus utitur, ut videlicet quemadmodum heres quartam retinuit, sic possit & fiscus retinere.

Quæsitum est, † an idem dicendum sit, 2 si heres in proposito solidum fideicommissum administravit, ut rogatus erat, ita totum restituens, quæ propria huius rescripti quæstio est. Dubitationis caussa hæc est; quia toto fideicommisso restituto hereditas aufertur fideicommissario, non heredi. Unde consequens est, fiscum iure fideicommissarii uti debere, non heredis. Porro certi iuris est, nunquam legatarium, aut fideicommissarium, etiam cui iure ex fideicommisso restituta est hereditas, L. Falcidiæ beneficio uti posse in legatis, *L. lex Falcid. §. ult. D. eod.* Proinde in proposito nec fiscus, qui iure fideicommissarii utitur, poterit legis beneficio uti, & quartam hereditatis retinere. Rescriptum est, nihilominus etiam hoc casu heredem quartam hereditatis retinere posse, hac ratione; quia heres, qui tacite fidem suam in fraudem legis accommodavit, etsi quartam retinere non possit, tamen perinde habetur, ac si retinuisset, & quarta ad fiscum pertinet, *L. beneficio, in fin. D. eod. d. L. cum tacitum, de iure fisci.* Et quarta sic ad fiscum pertinet ex constitutionibus, ut fisco prosit, non ut prosit legatariis, quæ ratio significatur in extremo hic.

Ad L. Et in legatis. 4.

Iidem Augustus Philetiano.

Et in legatis Principi datis legem Falcidiam locum habere merito divo Hadriano placuit. PP. V. Kalend. Ianuar. Alexandro A. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Cum supra dodrantem hereditatis legatum est, nullius legatarii persona vel favor, vel amplitudo, vel necessitas facit, quo minus Falcidiae detrahi possit.*
2. *Falcidia an etiam contra Principem retineri possit.*

1 Cum supra dodrantem † hereditatis legatum est, nullius legatarii persona, vel favor, vel amplitudo, vel necessitas etiam facit, quo minus de legato ei relicto portio Falcidiae detrahi possit; quoniam lex Falcidia non legatariorum caussa constituta est, sed testatorum, *Inst. eod. tit. in princ.* Idque est, quod dicitur, legem Falcidiam & ad legata municipum, & legata Deo relicta pertinere, *L. 1. §. ad eos, versic. ad municipum, D. eod.* Eodem pertinet, quod de legato Princi-
2 pi relicto hic cavetur. Sed † in Principis persona haec dubitatio erat, cur non videretur adversus eam Falcidia retineri posse; quia Falcidia lex est in numero legum & constitutionum. Princeps vero legibus solutus est. Sed adversus hanc obiectionem etiam haec responsio est in legibus, etsi Princeps legibus solutus sit; tamen Principem sua voluntate legibus vivere, ita ut in omnibus negotiis similibus Princeps privatorum iure utatur, *L. 3. supr. de testam. L. digna vox, supr. de legib. §. ult. Instit. quibus modis testam. infirm.*

Ad L. Si mortis. 5.

Idem Augustus Damasatae.

Si mortis caussa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes: Legis Falcidiae ratione secundum constitutionem divi Severi avi mei uti merito potes. PP. XV. Kal. Nov. Maximo II. & Aeliano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Circa legis Falcidiae rationem quae consideranda, & quibus de caussis.*
2. *Quae res in numero legatorum haberi debeant.*

1 Circa † rationem legis Falcidiae ponendam, semper quaerendum est, quid & quantum in numero legatorum haberi debeat duabus de caussis. I. Est, ut sciri possit ex legatorum contributione, an legata patrimonii dodrantem excedant. Altera, ut cum constabit, quae legata sint, possit de singulis detrahi, quod dodrantem excedit, ut initio diximus. Haec quaestio hoc rescripto ex parte attingitur. Declaratur enim, quid in numero legatorum haberi debeat, in quo lex Falcidia locum habeat. De eo ita statuendum est. Cum † quaeritur, an supra dodrantem legatum sit, in quaestione legatorum non solum computari debeant, quae vere dicuntur le- 2
gata,

gata, tametsi L. Falcidia de legatis tantum nominatim scripta sit, sed etiam ex sententia legis, ea omnia, quæcunque vicem legatorum obtinent, cuiusmodi est donatio caussa mortis, de qua hic. Vicem autem legatorum hæc obtinent. Primum, iam olim fideicommissa, *L. 1. de legat. 1.* proxime donationes caussa mortis, *L. illud, de mortis caussa donatio.* Hæc autem caussa est, quia ut legata non nisi morte testatoris confirmantur; sic nec donationes caussa mortis: cum possint hæ donationes ex pœnitentia revocari a donatore, usque ad ultimum vitæ spiritum. *L. senatus, §. donatio D. de mortis caussa donationib.*

Hinc placet, hoc loco eiusmodi donationes in contributionem legatorum venire, & simul ex iis posse deduci, quod dodrantem excedit. In eodem numero habentur donationes inter virum & uxorem, ob eandem caussam, *L. in donationibus, infr. hoc tit.* Etiam quæ donata non sunt, nec testamento, nec a vivente testatore relicta, sed quæ solum mortis caussa capiuntur, si in fraudem legis a testatore impositæ, accepta sunt, de quo genere dicitur ad *L. pen. infr.*

Ad L. In imponenda 6.

Idem Augustus Secundinæ.

In imponenda ratione legis Falcidiæ omne æs alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamvis aditione hereditatis confusæ sint actiones. §. 1. Omnia autem legata, quamvis in operibus publicis conficiendis statuisque ponendis data sint, ad contributionem dodrantis pro rata suæ cuiusque quantitatis revocantur. §. 2. Nec si quid ultra solidum heres præstiterit, aut perfecerit, legitimæ computationi præiudicatur. S. V. Kalend. Ianuar. Maximo II. & Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Tria huius legis capita.*
2. *Computatio patrimonii qualis esse debeat.*
3. *Æs alienum defuncti quid.*
4. *Funeris impensa quid.*
5. *Pretia servorum manumissorum quare deducantur, & quomodo.*
6. *Pretia servorum, de quibus supplicium sumptum est, an deducantur, & ad quod deductionis genus referenda sint.*
7. *Heres an in detractione æris alieni etiam possit deducere id, quod sibi a defuncto debetur.*
8. *Quæ legata in contributionem legis Falcidiæ veniant.*
9. *Ius Falcidiæ deducendæ quale sit.*

1 Hic tria † capita sunt. I. De computatione patrimonii, qualis esse debeat in ratione legis Falcidiæ ineunda, idest, cum quæritur, an supra dodrantem patrimonii legatum sit. II. De legatis, quæ in contributione legis Falcidiæ veniant. III. De iure Falcidiæ deducendæ.

2 Computatio † patrimonii hæc est: computatur patrimonium, quod fuit tempore mortis testatoris deducto ære alieno, funeris impensa & pretiis servorum manumissorum. *L. in quantitate patrimonii, in pr. D. eod.* Id ita fieri debere intellectum est ex L. Falcidia: quia lex exigit, ut heres legatis solutis non minus, quam quartam partem hereditatis habeat. Non videtur heres quartam habere, si quartam præstare postea cogitur, aut eo amplius, non est nostrum, quod mansurum non est, *L. aliud est capere, de verb. sig.* Nec videtur ea res penes nos esse, cuius pretium abest, *L. labeo & Sabin. D. de verb. sig.* At id futurum est, si heres legata præstat suprascriptis rebus prius non detractis: nam ipse æs alienum solvere debet, & impensas funeris facere & præterea servi manumissi illi obfuturi sunt: quarum rerum æstimatio interdum quadruplo maior erit quarta. Proinde ut quartam habeat ex sententia legis, & quartam cum effecto, oportuit res suprascriptas antea de patrimonio deduci, ut reliqui patrimo-

trimonii quartam heres habeat fine ullo damno intactam.

3 Æs alienum † defuncti est id, quod defunctus debuit, *L. cedere*, §. *æs alienum, de verb. sig.* Et generaliter id omne quod defunctus præstare necesse habuit. 4 *L. pater filium, in fin. D. eod.* Funeris † impensa est, quæ fit funeris caussa. Funeris caussa intelligitur fieri, quæ fit deducendi funeris & sepeliendi mortui caussa, sine qua neque duci, neque sepeliri honeste potuisset. *L. & si quis*, §. *funeris caussa. L. funeris, de religios.* Ita funeris impensa est, quæ ad necessitatem funeris facta est; non est autem necesse ad mortuum sepeliendum monumentum illi ædificare, præsertim si sit sumptuosius. Proinde si quam impensam monumenti extruendi caussa heres fecit, præterquam quod necesse sit, quanvis iussus sit a testatore extruere; tamen hanc impensam non deducit, quia non est facta funeris caussa, ut definivimus. Hinc est *L.* 1. 5 §. *ult. & L. seq. D. eod.* Pretia † servorum manumissorum ideo deducuntur, quia servi tempore mortis testatoris, cum nondum liberi essent, in pretio defuncti computabantur; postea adita hereditate, aut etiam non adita manumissi, in patrimonio defuncti esse desinunt, ut sic in patrimonio defuncti solum eorum pretia computentur, & pretia deducantur. Id hoc fit modo, ut servi manumissi perinde habeantur, quasi in pretio defuncti non fuerint tempore mortis eius. Notandum est autem generaliter esse dictum, deduci pretia servorum manumissorum, non autem testamento, aut aliter manumissorum. Unde intelligimus, omnium manumissorum pretia deduci, non tantum, si testamento liberi esse iussi sint a testatore, sed etiam pro pretio libertatem a testatore acceperint. *L. æris alieni, D. eod.*

6 Etiam † pretia servorum deducuntur, de quibus servis fumptum est supplicium. *d. L. æris, in pr.* Unde quæritur, ad quod genus illarum deductionum hi referri debeant, cum neque sint manumissi, neque in funeris sint impensa, neque videantur etiam esse in eo, quod debuit defunctus? Et placuit, eorum pretia deduci, tanquam æs alienum, ut ibidem est scriptum. Recte. Nam servi, qui delinquunt, cum Rep. contrahere videntur pœna, vel vindicta, quam luendo solvunt 7 *L. 1. D. de legib.* Circa † æris alieni deductionem quæritur, an heres in æris alieni deductione possit etiam detrahere, quod ei a defuncto debetur? Merito hoc quæsitum est. Nam subtilitas rationis facere videbatur, ne possit detrahere: id enim debitum deduci potest, si est aliquid debitum. At hereditate ab herede adita fit, ut quod prius ei debebatur desinat deberi; quoniam aditione actiones confunduntur, confusione tolluntur, *L. debitori, supr. de pact. L. Stichum*, §. *a Titio, D. de solut.* Sic fit, ut quod debitum esse desiit, tanquam debitum deduci non possit. Et placuit nihilominus heredem deducere posse, quod sibi debebatur, de quo nominatim hic. Non obstat, quod confusione actiones sunt sublatæ: quoniam in ratione L. Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonii agitur, spectatur, quemadmodum patrimonium fuerit tempore mortis defuncti, ut dictum. Eo autem tempore nondum actiones confusæ erant; proinde ex eo tempore æs alienum, quod heredi debebatur, deducitur. Hanc obiectionem hodie non debemus metuere in eo herede, qui inventarium facit. Nam hoc beneficium ei tribuitur, ut nec adita ab eo hereditate actiones eius confundantur, *L. ult.* §. *in computatione, sup. de iur. deliber.*

De legatis, † quæ in contributionem 8 legis Falcidiæ veniunt, ita est scriptum, ut veniant omnia, quæcunque testamenro sunt relicta sive in dando, sive in faciendo: idest, ut non tantum æstimentur ea, quibus testatori iussit dare heredem, sed etiam ea, quibus eum iussit aliquid facere, veluti opus exstruere, statuam alicui ponere, quod non fit suis sumptibus. Hoc amplius, additur etiam, facta in contributionem legatorum venire, quanvis heres iussus sit facere, aut operibus publicis extruendis, aut in statua publice ponenda. Quibus verbis id, quod dixi *L. 4. in pr.* & traditur in *L. 1.* §. *ad eos.* vers. *ad municipium, D. eod.* continetur: nempe L. Falcidiam ad omnia legata etiam civitati & Reipublicæ relicta pertinere. Forma autem loquendi, quæ est in *vers.* 1. de horum legatorum contributione notanda est. Dicuntur enim omnia legata ad contributionem dodrantis revocari. Non videntur legata esse in dodrante patrimonii, & revera non sunt. Aliud est enim patrimonium, aliud legata, quæ ex patrimonio debentur. Est igitur hic sensus: legata omnia revocari eo, ut contribuatur usque ad dodrantem, seu usque ad dodrantis patrimonii quantitatem: quod amplius est, eatenus minuuntur, pro modo & quantitate cuiusque legati. Hoc autem quomodo intelligendum sit, declaratur dilucide exemplo §. *ult. in fin. Inst. eod. & in L. in quantitate patrimonii, in fin.*

9 *in fin. D. eod.* Ius † autem Falcidiæ portionis detrahendæ, de quo in extremo cavetur, tale est, ut heres hanc possit deducere, nec de legitima ea computatione quicquam detrahatur, quamvis quædam legata solida præstiterit; quod sic est interpretandum, siquidem ignorans L. Falcidiæ locum esse, solida quædam præstiterit. Nam non tantum de his, quæ nondum præstitit, deducit, quod dodrantem excedit, sed etiam ea, quæ solvit iam, amplius repetit. *L. error, inf. h. t.* Quod si heres sciens quædam solvit in solidum, sensus huius loci est, eam solutionem heredi in reliquis legatis non nocere; quoniam in illis Falcidiam detrahat. Nam id, quod sponte amplius solvit, & ob id donari voluit, non repetit, *d. L. error*. Sed hic locus emendatur *in auth. sed cum testator. inf.*

Ad L. In testamento. 7.

Idem August. Primo & P. Pomponio.

In testamento quidem militis ius legis Falcidiæ cessat, sed si ea, quæ ad vos pertinent, defunctus tenuit, bonorum eius videri minime possunt: & ideo recte rationem eorum, ut æris alieni, haberi desiderabitis. PP. Kal. Maii, Alexandro II. & Marcello Coss.

SUMMARIA.

1. *Heres testamento militis institutus L. Falcidiæ beneficio non utitur. Limitatur num.* 3.
2. *Miles hic quis accipiatur.*
4. *Lex Falcidia quibus ex caussis cesset, & locum non habeat.*

1 Heres † testamento militis institutus, a quo supra dodrantem legata relicta sunt, legis Falcidiæ beneficio non utitur, ut quartam detrahat, sed solida legata præstare cogitur, idest quod hic dicitur, in testamento militis Falcidiam locum non habere. Id sumptum est ex constitutionibus, quibus de testamento militis cavetur, ut quicquid statuerit miles de bonis, id ratum sit. *L.* 1. *de testam. milit. L.* 1. 2. *sup. eod.* Sed mili-
2 tem † accipere debemus, qui testamentum fecit in expeditione: nam si alibi facit testamentum miles, is quidem recte testatur, etiamsi sit filiusfamilias, qui de peculio castrensi testatur, aut quasi castrensi: sed iure communi testari debet, *§.* 1. *Instit. de testam. milit.* Proinde & in hoc testamento lex Falcidia ex iure communi locum habebit. Hoc est, quod alibi traditur, ad veterani militis testamenta. L. Falcidiam pertinere, *L. ad*
3 *veterani, D. eod.* Sed † quamvis heres ex testamento militis solida legata præstet, & hactenus L. Falcidiæ beneficio non utatur: tamen priusquam legata præstet, æs alienum, & quidem quod sibi a milite debebatur, ante omnia potest deducere, ut hic est scriptum. Et generaliter ita placet, etiam ex militis testamento heredem legata præstare non cogi, ultra facultates patrimonii defuncti, quod patrimonium æstimatur deducto ære alieno. *L. subsignatum, §. bona, D. de verb. sig.* Idque ita definitum est in *L.* 1. *§. denique, D. ad Treb.* Sed constitutiones superiores obstant, latæ de testamento militis, quibus sine exceptione cavetur, ut quod testator statuit, quodque, voluit, id tanquam ius servetur. Responsio additur illis constitutionibus, quod voluit de rebus suis, *L.* 1. *de testam. milit.* Proinde de alieno si quid miles statuerit, ratum non erit, *L. cum filiusfam. D. eod.* Testabitur autem de alieno, si heres ultra quantitatem patrimonii militis legata præstare cogetur.

Huic rescripto opponitur *L.* 1. *§. hoc Senatusconsultum, D. ad Treb.* ubi scribitur: hoc Senatusconsultum etiam in militis testamento locum habet. Constat autem Senatusconsulto Pegasiano, cuius auctoritas postea Trebelliano est tributa, quartam ex fideicommisso hereditatis detrahi posse, *§. sed quia hered. & §. sed quia stipulationes, D. de fid. hereditatib.* Ita suprascriptis verbis hæc sententia exprimitur, etiam in militis testamen-

to

to quartam ex Senatusconsulto retineri posse, si heres rogatus sit hereditatem restituere supra dodrantem. Nec ad rem pertinet, quod illic agitur de quarta Trebellianica quæ ex hereditate deducitur, non de singulis legatis. Nam Trebellianica nihil est aliud nisi Falcidiæ quarta, introducta ad exemplum eius quartæ, quæ de singulis legatis detrahitur per legem Falcidiam dict. §. *sed quia heredes, Instit. de fideicom. her.* Respond. Si *L.* 1. accipitur ex sententia scriptoris, ut accipi debet, nihil hisce adversatur. Nam Ulpianus cum dicit, hoc Senatusconsultum, intelligit SC. Trebellianicum quod illic interpretatur. Eo Senatusconsulto non cavebatur de quarta detrahenda, sed de actionibus hereditariis, & oneribus in fideicommissarium transferendis, ut SC. refertur in principio eius legis. Verum est, hoc SC. in omnium testamentis locum habere, quoniam ex omnium testamentis hereditate restituta nihil apud heredem remanet. Postea quarta iussa est detrahi SC. Pegasiano, de quo illic Ulpianus non tractabat; sed tamen postea Pegasiani auctoritatem tribuit Trebelliano, quasi ex Trebelliano etiam iussa sit detrahi, dicto §. *sed quia stipulationes, Inst. de fideicom. hered.* secundum quam posteriorem legem sic placet accipi *d. L.* 1. §. *hoc Senatusconsulto, ad SC. Trebell.* Sed tamen ne sic quidem locus adversabitur, sed ita interpretandus erit: Hoc Senatusconsultum locum habet in militis testamento; quia locum habet in maxima parte, non in omnibus. Habet autem locum in his capitibus, ut heres cogatur hereditatem adire, aditam restituere, & ut restituta hereditate transeant actiones in fideicommissarium, sed non etiam, ut quarta detrahatur. Lex Falcidia de omni quarta detrahenda in militis testamento locum non habet. Interim apparet ex hoc loco interdum L. Falcidiam cessare, nec quartam ex legatis deduci. Id cum non solum in hac una specie receptum sit, sed etiam in multis aliis, de quarum aliquibus est cautum in *authent. tribus sequentibus:* non male est factum, ut Authenticæ hic modo subiicerentur, utroque autem loco admoneremur, ut breviter proponamus, in quibus caussis locum non habeat Falcidia, idest, in quibus legata non minuantur L. Falcidia, sed solida præstentur.

Lex Falcidia cessat partim ex privilegio, partim iure communi. Ex privilegio in testamentis militum, qui in expeditione sunt testati. Cessat etiam iure communi in testamentis paganorum. Cessat autem aut ex iudicio testatoris, aut ex facto heredis, aut ex conditione rei legatæ, aut ex conditione eius, cui relinquitur. Ex iudicio testatoris, si testator non ignarus, qui sit modus patrimonii sui, nominatim vetat Falcidiam detrahi, *Auth. sed cum testator, in princ.*

Ex facto heredis dupliciter, alias propter delictum eius, alias propter solutionem & tacitam quamdam repudiationem Falcidiæ. Propter delictum, quoties inventarium non fecit, aut non fecit eo modo, qui præscribitur, de quo cautum est *d. Authent. sed cum testator, vers. pen. & ult.* Propter tacitam repudiationem, quoties ex pluribus legatis, in quibus L. Falcidiæ locus erat, quædam solida præstitit, non ignarus locum legi Falcidiæ esse. Nam hoc casu, non modo non potest repetere, quæ solvit, sed etiam reliquis se in solidum astringere intelligitur, *d. Authen. sed cum testator, versic.* 2. Ex conditione rei legatæ, multis in rebus legatis cessat Falcidia. Hæ autem res numero fere sunt sex: Dos a marito uxori prælegata. Item res uxoris caussa emptæ, paratæve, quæ ei legatæ sunt. *L. si ususfructus, D. ad L. Falcid.* Ratio adiecta est, quia hæ potius videantur uxoris antea fuisse, quam ei denuo legatæ. Item, libertates testamento datæ, *L. si universæ, supra, de legat. L. Papinianus,* §. 4. *D. de inoffic. testam.* Item quicquid filio & similibus personis datur, legatur, ut in quartam iure naturæ debitam habeant. Nam hanc quartam ius est sine ullo onere, & ulla deductione tribui his, quibus debetur. *L. quoniam, L. scimus, D. de inoffic. test.* Item quæcunque res sint eiusmodi, in quibus quartæ deductio heredi sit inutilis: huiusmodi sunt instrumenta prædiorum a testatore legata domino prædiorum, de quo in *L. si prædiorum, inf.* Postremo res omnes hac lege legatæ, ne extra familiam legatarii alienentur, *authen. sed & in ea re infr.* Huius partis ratio deducitur ex priori Iustiniani constitutione, qua est cautum, licere testatori Falcidiam prohibere: qui rei legatæ alienationem vetat, quartæ deductionem vetare intelligitur: nam hæc deductio alienatio est.

Ex conditione eius, cui quid relinquitur, cessat Falcidia in his, quæ ad pias caussas sunt relicta, *auth. similiter, infr.* Pietas est erga Deum; ergo omnino caussa est pia, quoties his datur legatum, quos Deus suo loco habere voluit. Christus autem denuntiat, quicquid pauperibus & egentibus datum, id pro sibi dato habiturum.

turum. Proinde recte dicemus, legatum esse ad pias caussas, quicquid ministris ecclesiæ, quicquid in alimoniam & sustentationem pauperum, quicquid in redemptionem, & similes caussas legatur. Proinde nec de his Falcidiam detrahi posse.

Ad Auth. *Sed cum testator*.

Sed cum testator hoc expressim vetuit, non ignarus quis modus sit sui patrimonii, cessat Falcidia: & si heres in hoc defuncto non pareat, defertur hereditas personis enumeratis sub titulo de legatis & fideicommissis. Item si heres quædam legata, substantiæ suæ mensuram subtiliter agnoscens, præstat in solidum: neque ex his repetitio, nec ex aliis promittitur retentio: nisi inopinatum quid emergat. His cessantibus locus est Falcidiæ, si fiat inventarium secundum modum tempusque statutum in aditione: Hac quoque adhibita observatione, ut in præsentia omnium ipsius civitatis, in qua fiat, legatariorum, aut pro eis agentium, si personæ ratio sit habenda, perficiatur: vel si quis absit ex ipsis, aut interesse noluerit, succedat præsentia trium testium itidem ipsius civitatis locupletum & bonæ opinionis, absque præiudicio tamen veritatis inquirendæ per servorum quæstionem & heredis testiumque iusiurandum, quo non observato, solida legata præstet, etsi fines hereditarios excedant. Nulla autem quæstionum talium vel litium excedat annum. Anno enim culpa heredis transacto cadet a relictis.

S U M M A R I A.

1. *Testator an prohibere possit, ne heres Falcidiam detrahat.*
2. *Unde probetur testatorem patrimonii sui quantitatem ignorasse, vel non? & num.* 3.
4. *Quod de quarta per legem Falcidiam ex legatis detrahenda hic constituitur, an transferri possit ad quartam, quæ deducitur ex Senatusconsulto Trebelliano.*
5. *Inventarium quibusdam legatariis præsentibus, quibusdam absentibus, nullisque in eorum locum adhibitis testibus confectum, an quo ad præsentes sit nullum, & an iis etiam solida legata præstanda sint.*

1 An liceat testatori † prohibere, ne heres Falcidiam detrahat. Opponitur, *L. quod bonis*, §. 1. *L. si debitor*, *D. eod.* ubi nominatim cavetur, testatorem posse inhibere deductionem L. Falcidiæ. Respondeo: Palam est Iustinianum, veterem legem corrigere. Sed obstat ratio legis, *L. quod bonis*, §. 1. Ratio est hæc. Quoniam legibus privatorum pactis non est derogandum, quam rationem Iustinianus mutare nec voluit, nec potuit, argum. *L. non dubium*, *supr. de legib.*

Respond. Cum Iustiniani constitutione liceat deductionem quartæ prohibere, qui hanc prohibet, non derogat legibus, sed secundum leges facit. Sed an eodem modo testator ex hac L. possit prohibere, ne heres rogatus restituere hereditatem, retineat quartam ex Senatusconsulto, de eo dicetur *L. si ut allegas*, *inf.* Illud constat, quartam iure naturæ debitam a testatore prohiberi non posse, *L. quoniam*, & *L. scimus*, *sup. de inoff. testam.* Et merito. Hæ enim diversæ res sunt. Nam L. Falcidia iure civili debetur; quarta, quæ filiis & similibus personis debetur, etiam natura debetur, *L. ult. de bon. damnat.* Civilia iura civilibus mutari possunt, naturalia non possunt, §. *pen. Inst. de iur. nat. gent. & civil.* Sed additur conditio, ut ita testator possit utiliter Falcidiæ deductionem prohibere, si non ignarus quantitatis patrimonii sui id faciat. Quæritur quomodo † id constabit? Re- 2
spond. Hoc ipso præsumitur testator non ignorasse modum patrimonii sui, quod contra non probatur, neque hic petenda probatio *L. quisquis*, *supr. de rescind. vendit.* Ex quo loco dubia & infirma probatio est: sed ratio in promptu est: nam cum

eum testator vetuerit Falcidiam detrahi, intelligebat Falcidiæ locum esse; alioqui frustra vetuisset. Non potuit autem intelligere, se supra dodrantem patrimonii legasse contra L. Falcidiam, nisi prius scivisset & quantum legaret, & quantum in patrimonio haberet.

Si auctoritas quæritur, hæc sententia evidenter probatur *Novell.* 1. §. *hoc vobis*, vers. *hæc autem*, unde hoc fragmentum sumptum est.

Nam Iustinianus illic eum testatorem, qui Falcidiæ deductionem non prohibet, distinguit ab eo, qui nominatim prohibet; & eum qui prohibet, iterum distinguit ab eo, qui prior videtur ignorasse quantitatem patrimonii sui. Ex quo colligitur, posteriorem a Iustiniano in eo numero haberi, quasi qui quantitatem patrimonii sui non ignoraret, eoque non ignoraret, se supra dodrantem

3 patrimonii sui legare. Sed quomodo † contra probabitur, testatorem ignorasse modum patrimonii sui? Id ita fiet, si testator quasdam res pro suis habeat, quæ deinde sunt evictæ. Hic eventus declarat illum plus putasse esse patrimonii, quam vere esset.

Deinde ait: si ex pluribus legatis heres quædam solida præstiterit, eum nec de reliquis Falcidiam detrahere posse, quasi unum præstando heres agnoverit voluntatem defuncti, non in eo tantum, sed in cæteris omnibus legatis. Itaque corrigitur hac parte ius vetus, *L. quod bonis*, §. *non idcirco*, *L. si ex pluribus*, *D. eod. L. in imponenda*, *in fin. supr. hoc tit.* Et diligenter notandum est ius hic singulare esse, quod non est producendum ad consequentias, *L. quod vero*, *D. de legib.* ius hoc constitutum est in legatis, quæ variant, & in portione legitima, quæ ex leg. Falcidia potest detrahi. Proinde in hac solum caussa hoc ius observabitur. Cæterum generaliter ita definiemus. Quoties plures sunt res indebitæ, si quis unam ex his solvat, non ideo sibi in cæteris nocet, *L. ult. supr. ne ux. pro mar. L.* 1. 2. *sup. de fideicom.*

Ait in extremo versu: *si quis inventarium non fecerit*, *aut non fecerit ad eum modum*, *qui hic præscribitur*, *heredem primum Falcidia non usurum*, quod & ante constitutum erat in *L. ult.* §. *sin autem*, *supr. de iur. deliber.* Hoc amplius etiam solida legata præstiturum ultra facultates patrimonii, in quo ius singulare & novum constituitur. Nam ita ius fuit, & est in reliquis caussis omnibus: legata supra facultates patrimonii a nullo præstari, *L.* 1. §. *denique*, *D. ad Trebellian.*

L. si universæ, *supr. de legat. L. successores*, *infr. h. t.* quod ius sumptum est ex lege duodecim tabularum; qua lege de facultate legandi cautum est, ita ut quisque legare possit, ut velit, dummodo leget & testetur de re sua, *L. testandi*, *supra*, *de testam. L. verbis leg. D. de verb. sign.*

Unde intelligimus, inventario ab herede confecto in hac specie superiore, omnia iura & locos corrigi. Neque hoc iniquum est: constituitur enim coercendi heredis caussa, qui non videri potest inventarii confectionem omisisse, nisi fraudandorum legatariorum, aut fideicommissariorum caussa, quo facilius possit res hereditarias intervertere.

Hic † quæsitum est, an, quod de quarta, quæ ex legatis detrahitur per legem Falcidiam, hic constitutum est, transferri debeat ad quartam, quæ deducitur ex Senatusconsulto Trebelliano: idest, an si heres institutus rogatus sit hereditatem restituere alii, & is inventarium non facit, aut non eo modo facit, ut hic præscriptum est, an solidum fideicommissum restituere debeat, nec possit quartam ex Senatusconsulto retinere? Dixeris idem hic statuendum esse; quod quarta, quæ ex Senatusconsulto detrahitur Falcidia est, aut certe ad exemplum Falcidiæ introducta. *Instit. de fideicom. hered.* 4

Deinde quia in utraque quarta non deducenda eadem ratio est, quod scilicet heres inventarium non facit. In quibus autem caussis eadem est ratio, idem ius statuendum est, *L. aliud*, *D. ad L. Aquil.* Sed verius est, quod de Falcidia in singulis legatis hic constituitur, ad quartam Trebellian. transferri non debere; quia etsi in utraque quarta, & in facto heredis, par ratio esse videatur; tamen quod hic de quarta legatorum constituitur, aperte ius singulare est, constitutum contra rationem iuris communis. Ius singulare non est producendum ad consequentias, *L. quod vero*, *L. ius singulare*, *D. de legib.* Adde, quod pœna est, quæ hic constituitur adversus heredem; in interpretatione autem legum pœnæ molliendæ sunt potius, quam exasperandæ. *L. pen. de pæn.*

Ait *in* vers. *pen.* nullum esse inventarium, nisi confectum sit, aut præsentibus legatariis, aut in locum absentium adhibitis tribus testibus idoneis. Eleganter hic quæritur. Quid † si inventarium quibusdam legatariis præsentibus confectum sit, 5 quibusdam absentibus, & nullis testibus in eorum locum adhibitis: an etiam quod

ad præsentes legatarios attinet, inventarium nullum erit, & an iis etiam solida legata præstanda sunt? Et hac constitutione efficitur, solida præstanda esse absentibus, secundum verba constitutionis, nisi totum inventarium nullum sit: nam verba de toto inventario scripta sunt, non de parte inventarii. Sed humanior est sententia Bartoli, in persona præsentium legatorum consistere inventarium, ita ut iis solida legata præstari non debeant, sed solum absentibus, in quorum persona inventarium non consistit. Ille pro hac sententia recte utitur probatione horum locorum, *L. de unoquoque, in fin. de re iudic.* & *L. Falcinius, § sed is, qui*, vers. *quid si adversus, D. quibus ex caussis in possess. eatur*. Sed iis etiam locis deficientibus, tamen ratio iuris suadet, eam sententiam recipiendam esse. Nam quotiescunque lex ob certam caussam lata est, cessante causa, cessat & lex, *L. quod dictum, D. de pact.* Coercendi autem heredis in hac constitutione caussa est; quia legatarios non adhibuit, aut eorum loco testes idoneos. Proinde si adhibuit, & quatenus adhibuit, legi locus non est.

Ad Auth. *Similiter, ex Novell. 119. cap. 11.*

Similiter Falcidia cessat in his, quæ ad pias caussas relicta sunt.

S U M M A R I U M.

1. *An, quod in legato ad pias caussas supra dodrantem est, heres de suo præstare debeat, an vero de bonis detrahere possit?*

AIT, quod ad pias caussas relictum est, solidum dari, nec minui lege Falcidia. Quæritur, † id, quod supra dodrantem est, utrum heres de suo præstabit, an vero onerabit legatarios, idest, an de bonis detrahi debet. Idem quærere oportet in omnibus iis rebus legatis, in quibus supra diximus cessare Falcidiam. Et generaliter definiendum est: Quæcunque testamento relicta solida præstantur, nec minuuntur lege Falcidia, ea heres æris alieni loco ante omnia deducere potest: ut sic non cogatur ea de suo præstare heres, sed totum patrimonium minuatur: proinde etiam dodrantem, qui legatariis præstari debet, & quartam, quam heres ex reliquis legatis retinere dicitur ex lege Falcidia. Id primum declaratur exemplo libertatum, quæ testamento relictæ sunt. Hæ non minuuntur L. Falcidia *L. si universæ, supra, de legat. L. Papinianus, § quarta, D. de inoffic. testament.* Et ob hanc caussam ante omnia earum æstimatio deducitur, *§. ult. Instit. eod.* Præterea, si de aliquibus servis supplicium sumptum est, si aliqui sint a prætore manumissi; quia in solidum eorum pretia de hereditate subducuntur: ideo etiam placet hæc pretia æris alieni loco deduci, *L. æris, D. eod.* Proinde non tantum de legato ad pias caussas relicto idem dicemus, sed etiam de iis, quæ in legitimam naturæ iure debitam legata sunt. Item de rebus legatis, quæ vetitæ sunt alienari, & generaliter de iis omnibus, quas solidas præstandas esse diximus ad *L. in testamento, supra.*

Ad L. Irritum. 8.

Imp. Alexander A. Aurelio.

Irritum quidem propterea testamentum fratris tui esse non potest, quod ex caussa fideicommissi obligatus fuit, ut, si sine liberis prior decederet, paternam tibi hereditatem redderet. Sed licet te heredem scripserit: in imponenda tamen legatorum ratione, quibus te oneratum esse suggeris, fideicommissum debitum aeris alieni loco deduci oportet: insuperque in residuo legis Falcidiae beneficium vindicabis. PP. Idus Septemb. Maximo II. & Paterno Coss.

S U M M A R I A.

1. *Testamentum eius, qui fratri fideicommissum debet, an iure valeat.*
2. *Legata ex proposito testamento, an solida praestanda sint, non deducto fideicommisso: aut si id detrahi possit, utrum debeat in quartam compensari, & nu.* 3.
4. *Ex dicto fideicommisso quantum fratri debeatur.*

PAter duobus filiis, quos habebat, heredibus institutis, Primo, & Aurelio, a Primo petiit, ut, si sine liberis decederet, portionem suam hereditatis fratri Aurelio restitueret. Is Primus sine liberis decedens fratrem Aurelium sibi heredem instituit, & cum ei integrum fideicommissum hereditatis praestare deberet, multis legatis eum oneravit. Eo mortuo Aurelius fratris hereditatem adiit, legatarii ab eo legata petunt, & petunt sine deductione fideicommissi, quod Aurelio debebatur a fatre defuncto Aurelius indignatus, se oneratum esse legatis ab eo, a quo integrum fideicommissum accipere debebat, Primom negat legata deberi hac ratione, quia testamentum fratris sui irritum, seu nullius momenti sit. Hoc si verum est, recte colligitur, ex eo legata non deberi. Nam ex eo testamento quod iure non valet, quocunque tandem modo fiat, ut non valeat, nihil deberi potest, *L.* 3. *supr. de testam. §. ult. Inst. quibus mod. test. infr.*

1 At † quomodo dicetur hoc testamentum irritum esse? Et potuit pro hac sententia haec oratio afferri, quae ratio fecit dubitationi caussam; Quia constat ex L. duodecim tabularum, neminem posse testari nisi de suis bonis, *L. testandi, supra, de testam* In proposito autem dicitur Primus testatus de portione hereditatis paternae restituenda. Haec non fuit Primi, sed Aurelii, cui restitui debuit. Proinde hactenus testamentum non valet, proinde etiam ius totum non valet.

Hic Primo respondetur, non ideo irritum fratris Primi testamentum esse, quia is fideicommissum Aurelio debuerit. Non obstat, quod testator non possit testari de bonis alienis. Nam hic subtili iure portio hereditatis, de qua restituenda rogatus est, eius fuit; alioqui eam restituere non potuisset. Deinde etsi ea portio non fuit defuncti, attamen quarta eius portionis fuit defuncti: nam hanc ex Senatusconsulto deducere potuit. Postremo ut heres liber & sui iuris testamentum facere possit, non exigitur, ut aliquid in bonis habeat, sed hoc solum, an habere possit: nam quanvis duplo plus debeat, quam habeat; tamen eo mortuo hereditas eius subesse intelligitur, de qua heredem instituere potuit & voluit. Nam heredis verbum etiam damnosam hereditatem continet, & ut alibi scribitur in eandem sententiam, hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum hunc habet, idest, iure subesse intelligitur, *L. hereditatis appellatio, D. de verb. sig. L. hereditas, D. de hered. pet.* Proinde recte responsum est, testamentum, quod proponitur, non ideo esse irritum, quia testator fideicommissum debuerat.

At urgent † legatarii, ut legata praestentur non deducto fideicommisso, quod Aurelio debebatur, & utuntur hac ratione. Fideicommissum tuum non est; quoniam 2

non

non est tibi restitutum, non potest etiam tuum fieri restitutione; quoniam fideicommissario successisti, ipse tibi fideicommissum restituere non potest, sed confusione obligatio fideicommissi sublata est, *L. debitori*, *supr. de pact.* Respondent Impp. Sic Aurelium legata præstare debere, ut in patrimonio æstimando, ante omnia deducere possit fideicommissum sibi debitum. Nec obstat, quod fideicommissum eius non est, nec eius fieri potest restitutione; quoniam fideicommissum deducet, non ut suum, sed ut sibi debitum loco æris alieni, quod per L. Falcidiam conceditur, quotiescunque L. Falcidiæ ratio ponitur, idest, cum quæritur, an legata dodrantem patrimonii excedant, & id patrimonium quantum sit.

3 Si † igitur fideicommissum deduci non potest, saltem hoc postulant legatarii, ut de reliquo patrimonio Aurelius quartam non detrahat, sed fideicommissum, quod deduxit, compenset in quartam. Respondent Imperatores, id repugnare L. Falcidiæ, secundum quam in patrimonio æstimando antea deducitur æs alienum. In eo autem, quod reliquum est, ita ratio subducitur, ut eius reliqui quarta apud heredem manere debeat, dodrans præstari legatariis. Proinde idem & in proposito fiet; §. *ult. Inst. eod.*

Sed quæritur, † quantum in fideicommisso debeatur Aurelio, ut ipse id detrahere possit æris alieni loco? Respond. Ius certum est, tantum ei deberi dodrantem eius portionis, quam frater rogatus est ei restituere, Quarta ipso iure ei non debetur, sed minuitur per L. Falcidiam ac proinde Senatusconsultum, quod ad exemL. Falcidiæ introductum est, *L. in quantitate*, *§. ult. D. eodem.* 4

Ex his apparet, Aurelium in hac deductione simul habiturum & fideicommissum, quod ei relictum est, & præterea reliqui patrimonii quartam, neque fideicommissum in quartam Falcidiam imputari. Quod tamen sic accipiendum est: nisi frater, idemque fideicommissarius debitor iussisset, ut frater Aurelius fideicommissum cum quarta compensaret; quo casu ab initio æstimabitur patrimonium deducto fideicommisso, & totius patrimonii quartam retinebit Aurelius. Hanc quartam compensabit Aurelius cum summa fideicommissi, si quid in fideicommisso amplius est, id de reliquo dodrante detrahet. Hæc sententia Papiniani est in *L. quod bonis*, *§. cum fideic. D. eod.* Eodem pertinet *L. si deb. D. eod.*

Ad L. Error. 9.

Imp. Gordianus A. Mestriano,

Error facti quartæ ex caussa fideicommissi non retentæ repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: quinetiam si ius ignoraverit, cessat repetitio. PP. XV. Kal. Novemb. Pio & Pontiano. Coss.

SUMMARIA.

1. *Si heres, quod ultra dodrantem legatum est, solverit ut debitum, an id repetere possit. Distinguendo respondetur, & num. 4.*
2. *Per errorem facti solvere quis dicatur.*
3. *Heres quibus ex caussis ignoret, supra dodrantem esse legatum.*
5. *Heres sciens legata dodrantem patrimonii excedere, si in iure erret, & legata solida præstet, an per errorem solutum repetere possit.*

QUod supra dodrantem legatum, id ex L. Falcidia indebitum est, & citra controversiam retineri ab herede potest, & si id non habet, potest ab eo vindicari. Quod † si heres id solverit tanquam debitum, quæsitum est, an possit repetere. Hic utilis distinctio traditur, non ad 1 hanc speciem tantum pertinens, sed omnem indebiti soluti repetitionem. Est autem hæc: Si heres per errorem facti solvit, semper repetit, idem in *L. fideicommissum*, *L. si per ignor. supr. de cond. indeb.* Sin aliter solvit, nunquam repetet, quamvis solverit indebitum. Per errorem

2 rem † facti solvere intelligitur, qui putat supra dodrantem non legatum esse, idest, qui putat non esse factum id, propter quod legatum erat indebitum. Nam cum supra dodrantem legatum est, eo fit, ut quod supra dodrantem legatum est, fit indebi-
3 tum. Id † autem ignorat heres factum esse, duabus de caussis: vel quod legata tantum apparent testamento relicta, quæ vere dodrantem non excedebant: erant autem alia multa relicta codicillis, codicilli autem latebant, qui postea emerserant. Idem etiam contingit hoc modo, si heres noverit, quantum legatum sit, sed multo amplius patrimonium esse putet, atque est: idest, quia ignorat æs alienum, quod postea multo plus emersit. Si in hac ignoratione vel legatorum, vel patrimonii heres legata solvit, quod patrimonii dodrans ad ea solvenda satis esse putaretur, errore facti solvit, ideo repetet: quoniam cum tanquam debitum solverit, sub contraria conditione non solvisse intelligitur, *arg. L. quibus diebus*, §. 2. *de condit. & demonst.* Unde condictio, actio in personam §. 1. *Instit. quib. modis re cont.*
4 Quod † si heres scivit supra dodrantem patrimonii vere legatum esse, & scivit L. Falcidia uti posse, ac nihilominus solida legata solvit, non repetet; quia qui sciens se non debere, solvit, donat, *L. cuius per errorem*, *D. de regul. iuris*. Donati nulla repetitio est, *L. si repetendi*, *supr. de condict. ob caussam*, *L.* 2. *& tot. tit. de revoc. donat. infra*. Quod † 5
idem heres scivit legata dodrantem patrimonii excedere, sed in iure erravit: idest, homo imperitus iuris, & nesciens, an ulla sit lex Falcidia, aut quid contineat, putaverit se secundum voluntatem defuncti solida legata præstare debere, quæritur, qui in hoc errore solverit, an possit repetere? Movet, quod non magis hic eo animo est, ut solvat, quam is qui in facto errat, ut si erranti in facto conditio competat ex tacita conventione, consequens esse videatur, etiam in iure erranti dandam esse. Sed placuit erranti in iure repetitionem non dari, ut *hic & L. cum quis*, *supra*, *de iur. & fact. ignor.* Ratio hæc est: quia absurdum putaverunt iuris auctores, meliori conditione esse stultos, quam peritos: & stultos vocant eos, non qui ius ignorant, sed cum ignorent, peritos non consulunt, *L.* 4. *L. regula*, *cir. fin. de iur. & fact. ignor.*

Ad L. Quanquam. 10.

Imp. Gordianus A. Diogenio.

Quanquam pater tuus fratrem tuum rogaverit ut si sine liberis diem suum fungeretur, portionem hereditatis tibi restitueret: tamen intestato eo diem suum functo, id, quod beneficio legis Falcidiæ habere potuit, ad successorem intestati pertinere: ideoque non immerito sororem tuam, quæ simul tecum ab intestato ei successit, emolumenti, quod retinere potuit, portionem sibi vindicare, manifestum est. PP. V. Idus Nov. Gordiano A. II. & Pompeiano Coss.

SUMMARIA.

1. *Species huius legis.*
2. *Soror an totam portionem paternam restituere fratri debeat, an non possit eius portionis, quæ ad eam pervenit, quartam retinere.*
3. *Frater defuncti quantum de portione hereditatis paternæ, quam restituere rogatus est, suo iure detrahere possit, & num.* 4.

1 EX duobus filiis † a patre heredibus institutis, unus rogatus est, ut si sine liberis decederet, portionem hereditatis paternæ fratris suo coheredi restitueret. Is, qui rogatus erat, decessit sine liberis, & ita factus est locus fideicommisso. Sed decessit intestatus: intestato duo heredes extiterunt, frater alter, quem coheredem esse dixi, & soror demortui, quam & ipse habebat. Certi iuris est, in successione ab intestato hereditatem intestati dividi ex æquo inter duos istos heredes legitimos: at in ea hereditate etiam continetur portio hereditatis paternæ, quam alteri fratri resti-

Digitized by Google

restituere debebat, nam priusquam restituta sit, manet in bonis eius, qui restituere debuit; & quia manet, consequens est, ad heredes eius pertinere. Huius igitur portionis pars ad sororem iure pertinet. Sed quoniam heredes in æs alienum defuncti succedunt pro portionibus hereditariis, *L. 2. L. at debitum, supra, de heredit. actionib.* eo fit, ut soror in proposito portionem eius portionis hereditatis paternæ, quæ ad eam pervenit, restituere debeat fratri suo, tanquam debitam a defuncto.

2 In hac restitutione † quæritur, an soror totam eam portionem paternam restituere fatri debeat, an non possit eius portionis, quæ ad eam pervenit, quartam retinere? Frater petebat totam eam hereditatis paternæ partem, & negabat sororem posse inde quartam deducere. Et videtur ei ratio non deesse; quia quarta ex Senatusconsulto tribuitur heredi instituto, qui restituere rogatus est, *§. sed quia, Instit. de fideicommiss. hered.* Hæc autem soror nec est ea, quæ rogata est, sed frater eius defunctus. Porro is, dum vixit, quartam non retinuit: proinde non soror retinere debebit. In hac quæstione hic respondetur, quemadmodum frater defunctus quartam retinere poterat, sic & eius heredes legitimos de fideicommisso eo similiter quartam retinere posse. Proinde & hanc sororem pro sua portione posse quartam retinere. Hoc respondetur ex conditione & iure heredum. Nam heres eiusdem iuris est, cuius & defunctus: heres in omne ius defuncti succedit, *L. hereditas, de regul. iuris, L. heres in omne, D. de acquir. heredit.* Hinc introducitur hoc loco quæstio, quantum fra-

3 ter † defuncti de portione hereditatis paternæ, quam restituere rogatus est, possit suo iure detrahere? Et hic Accursius scripsit: Quoties filius heres a patre institutus rogatus est portionem hereditatis alii restituere, posse filium, itemque heredes eius deducere duas portiones. I. Portionem legitimam, quæ filio in bonis paternis debetur, quæ olim erat quarta, nunc ex constitutione Novell. triens, aut semis pro numero liberorum, *§. 1. Authent. de triente & semisse.* Deinde hac portione detracta, quæ ab initio detracta intelligitur, dum filius adhuc viveret, in reliquo patrimonio ita fideicommissa, aut legata inde præstare, ut eius reliqui quartam habere debeat filius, aut heres eius. Quod reliquum est dodrantis, restitui debeat vel legatariis, vel fideicommissariis: de qua sententia paucis nobis cognoscendum est.

Si de iure civili quæritur, dubitari non debet, quin filius rogatus restituere hereditatis paternæ portionem, debeat esse contentus portione legitima, quæ debetur filiis, quæ olim fuit quarta, *L. Papinianus §. quarta, D. de inoffic. testam.* nunc triens, *ex Novel. Iustin. de triente & semisse, §. 1.* & hac deducta, quin non possit amplius habere ex Senatusconsulto quartam Trebelliani. Hæc sententia multis argumentis confirmari solet, sed magna ex parte infirmis. Hæc, quæ subiicio, certa sunt, & esse debent ex omnibus. Primum, expressum est in *L. iubemus, supra ad Trebellian.* ubi filius rogatus est restituere portionem hereditatis paternæ fratribus suis; & nominatim constituitur, eum retenta quarta ex Senatusconsulti auctoritate, dodrantem illius portionis paternæ restituere cogendum. Non restitueret dodrantem, si amplius aliam quartam retineret. Sed certius est expressa eadem sententia in *Novell. 39. de restitut. & ea, quæ parit. in 11. mens. §. quamobrem,* ubi cavetur diserte, si pater velit a filio hereditatem suam restitui, filium in primis habere debere trientem hereditatis paternæ, ex qua filius est institutus; reliquum totum restituere debere, nec posse quicquam filium ex eo retinere, si triens, quem habet, sufficiat ad dotem, aut donationem propter nuptias: de eo, quod restat nihil detrahi posse. Ex quo perspicuum est, si filius aut nullam dotem, aut donationem propter nuptias habeat; aut debeat quidem, sed portio legitima ad eas res præstandas sufficiat, nihil filium præter trientem retinere posse. Et in summa, si quid filius præter trientem retinere potest, id non est quarta ex Senatusconsulto, sed dos, dixi, aut donatio propter nuptias, ad quas præstandas triens non sufficiat.

Sed ut hæ auctoritates certorum locorum nos deficiant, hæc sententia diserte probatur, ratione sumpta ex L. Falcidia & Senatusconsulto Trebelliano. Certum est, heredem, qui quartam hereditatis habet vel iure hereditario vel iudicio testatoris, quartam ex Senatusconsulto retinere non posse, quia habet, *L. 1. vers. secundo cap. L. quod supra, D. ad L. Falcid.* At filius a patre heres institutus, qui trientem iure naturæ debitum retinet, is non solum quartam habet, sed amplius etiam unam unciam, proinde quartam ex Senatusconsulto amplius retinere non potest: Filium autem heredem institutum certum est eum trientem, quem retinet, habere, & iudicio defuncti, & iure hereditario. Nam non solum illi hereditas iudi-

dicio defuncti delata est, sed etiam ita delata est, ut esset heres, & cum trientem retinet, non retinet, nisi iure hereditatis, quia Senatusconsultum facit, ut non videatur filius de eo triente restituendo rogatus esse; aut saltem de quarta restituenda, quoniam legatum & fideicommissum per Legem Falcidiam ipso iure minuitur usque ad quadrantem hereditaris, *L. in quantitate patrimonii*, *§. ult. D. ad L. Falcid.* Veruntamen contraria sententia suos defensores & assertores habet. Non dubium est quin confirmata sit iure Pontificio; quæ sententia exstat Innocentii in *cap. Raynutius de testam.* Non desunt tamen, qui eam sententiam iure civili probari putent, in quibus est Accursius ad legem hanc. Qui duobus utitur argumentis, sed frivolis.

Accursius sic argumentatur. Triens natura debitus filio non potest fideicommisso onerari; quia de legitima omne ius & gravamen subducitur, *L. quoniam in prioribus*, *L. scimus*, *D. de inoffic. testam.* Cum ergo filius heres institutus rogatus est hereditatem paternam restituere, perinde est, quasi de triente natura debito restituendo rogatus non esset. Ex quo colligit de reliquo patrimonio restituendo filium rogatum videri, proinde & eius patrimonii reliqui quartam retinere non posse.

Respondeo: Vitiosissime colligit: Nam & cum heres extraneus oneratus est legatis supra dodrantem. Item, cum rogatus est hereditatem restituere, videtur de quarta parte hereditatis nihil a testatore constitutum: nam hæc quarta retinetur ipso iure, quasi nec legata, aut fideicommissa esset, dicta *L. in quantitate*, *§. ult. D. eod.* Et tamen cum heres hanc quartam habet, de reliquo dodrante deduci nihil potest. Præterea hoc argumentum adversus auctores facit; sic enim colligi debet: cum filius rogatus est portionem hereditatis restituere, non videtur rogatus de triente restituendo. Ergo eum trientem filius solum habet: si habet, consequens est eum amplius quarta hereditatis consequi non posse, qui quartam habet, & amplius. Deinde Accursius argumentum ducit ex *L. quoties*, *D. eod.* ubi si quid legatum sit ei, qui capere non poterat & contributis omnibus legatis reperiatur supra dodrantem legatum esse: placet in hoc legato, quod non capienti relinquitur, sic poni rationem L. Falcidiæ, ut Primo heres portionem Falcidiæ ex hoc legaro detrahat, deinde ex reliquo dodrante eius legati detrahat eam portionem, quam legatarius capere non potest. Respondeo: Exemplum ad rem plane nihil pertinet. Nam hoc exemplo heres non retinet, nisi unam quartam, quæ ex L. Falcidia ei debetur. Quod amplius retinet ex dodrante, non sibi, sed fisco retinet. Deinde non retinet, tanquam sibi debitum, sed tanquam ei legatum.

Multæ præterea rationes ab aliis in hanc sententiam colliguntur. Sed omnes eiusmodi, quæ nullo negotio refelli possunt. Una est tamen ratio pro ea sententia, quæ magnam speciem veri, & æquitatis habet. Ea nobis erit una pro omnibus. Est autem hæc: cum heres rogatus est restituere hereditatem, sic ratio L. Falcidiæ, ponitur certo & explorato iure, ut heres rogatus ante deducat, quod sibi a defuncto debebatur: quod reliquum est patrimonii, id solum patrimonium defuncti esse existimatur. In eoque id observatur, ut heres eius reliquam partem habere debeat, reliquum dodrantis præstare legatariis, aut fideicommissariis. *L. irritum*, *supra h. t. §. ult. Institut. ad L. Falcid.* At triens & tota ea portio legitima, quam filius, ut filius habere debet, est debitum filii, quod a patre filio debetur, & quidem iure naturali, ut probatur in *L. ult. de bon. damnat. in Novell.* I. *de hered. & Falcid. §. patrimonium itaque*.

Proinde, cum filius institutus rogatus erit restituere paternam hereditatem, secundum regulam supra scriptam, ante omnia deducere debebit trientem sibi natura debitum; deinde in reliquo ita ponitur L. Falcidia, ut ex eo reliquo quartam retineat, & quod reliquum est dodrantis, fideicommissario restituat. Hæc ratio infirmari non potest, si statuimus trientem legitimum, qui filio debetur, esse ex numero reliquorum debitorum hereditariorum. Sed hic respondebitur recte ex iure civili, quod dicitur in ratione L. Falcidiæ ineunda aut deduci æs alienum, quod heredi debetur, id intelligendum est, si quod sit debitum, ut a defuncto, aut herede debeatur. At si est aliquid, quod tribuatur iure heredi, non a persona defuncti, aut hereditatis, id ante omnia non deducitur, aut si deducitur, ex reliquo patrimonio nihil deducitur amplius. Argumento est certissimo quarta, quæ ex L. Falcidia debetur: item quæ ex Senatusconsulto debetur. Nam hæc L. quoque & Senatusconsulto debetur, itidem ut portio legitima debetur lege naturæ liberis; & tamen cum heres hanc quartam semel deducit, quæ ex legibus & Senatusconsultis debetur, in reliquo dodrante nihil amplius deducere potest.

Veruntamen ad hanc responsionem hoc referri potest, diversam esse caussam quartæ, quæ ex L. Falcidia retinetur, & portionis legitimæ, quæ filio debetur. Nam quarta Falcidiæ tantum iure civili debetur: portio debita liberis naturali ratione debetur, & legibus naturæ: ut consequens sit, plus in ea debitum esse, quam cæteris, dicta *L. ult. D. de bon. damnat.* Et verisimile est hac ratione motum Innocentium superiorem sententiam comprobasse in *d. cap. Raynutius*. Et certe si hoc conceditur, portionem legitimam, quæ debetur liberis, vere debitum esse patrimonii, nihil caussæ dici potest, quin prius hunc trientem filius retineat, tanquam æs alienum. In reliquo autem patrimonio recte retineat ex *d. L. irritum, supra*.

Sed & eadem principio posita argumenta, quæ in priorem sententiam afferebantur, facile diluuntur. Non obstat, quod dicitur filium rogatum restituere portionem hereditatis paternæ, restituere debere dodrantem eius hereditatis, deducta solum quarta, *L. iubemus, supr. ad Trebell. & similibus locis*. Fatebimur enim hoc ita esse; sed respondebimus, portionem hereditatis paternæ æstimandam esse deducto prius ære alieno, quod filio debetur. In eo autem ære esse trientem filio natura debitum in successione patris. Hoc triente deducto æris alieni loco, quod supererit, erit hereditas paterna, cuius detracta quarta dodrantem restituere cogetur.

Non obstat etiam, quod dicitur, heredem, qui quartam hereditatis habet, non posse quartam ex Senatusconsulto, aut L. Falcidia retinere; quia habet, quod petit. Hoc enim ita est, si heres quartam habeat iure hereditario, aut iudicio defuncti, *L. in quartam, D. eod.* At portio hereditatis debita, idest, triens ille, de quo loquimur, non accipitur a filio iure hereditario, aut iudicio defuncti, sed tanquam debitum. Idcirco in eadem caussa haberi debet cum reliquis, quæ filio debentur, ut scilicet in æstimando patrimonio defuncti patris hoc debitum ante omnia deducatur. Deinde quod supersit, existimetur esse hereditas patris. Non accipi autem hunc trientem iure fideicommissario, aut iudicio defuncti, sed tanquam debitum, argumento est, quod filius idem etiam haberet ab intestato, & multo plus. Non obstat etiam, quod quidam obiiciunt: Natura absurdum esse, ut duæ quartæ dicantur ex eadem hereditate detrahi posse, & nihilominus his detractis, dicatur dodrans restitui.

Facilis enim hic responsio est, admissa ea ratione, quam supra posuimus. Nam triens natura filio debitus, non ut quarta hereditatis deducitur, sed ut æs alienum, ita ut filius deducendo trientem æris alieni loco, & ex reliqua substantia detrahendo quartam, intelligatur unam tantum quartam habere hereditatis paternæ, sed quæ æstimata sit prius deducto ære alieno.

Quid igitur in hac varietate iuris nobis sequendum est? Respondeo, Melius est, eam sententiam sequi, quæ confirmata est *in cap. Raynutius, de testam.* Idque his de caussis. Primo, quia præterquam, quod confirmata est eius *cap.* auctoritate: etiam in usu & foro ita obtinuit, ut fere ubique servetur. Qua ex re fit, ut sit multo tutius non se vexare inanibus sumptibus adversus eam sententiam. Deinde, quia etsi hæc sententia non esset ex iure civili: tamen non eo minus æqua & benigna est, & benignior, quam prior. Nam ea demum sententia benignissima & æquissima putanda est, quæ naturæ rationem & legem sequitur, *L. penult. D. de iust. & iur.*

At ratio naturalis, tanquam naturæ lex tacita, successionem parentum liberis tanquam debitam tribuit, ut est in *L. ult. de bon. damnat.* Proinde ea sententia æquissima iudicanda est, quæ parentum hereditatem quam maxime & prolixissime liberis retinet, qualis est sententia superior de triente non debito prius deducendo, deinde de quarta reliquæ sententiæ detrahenda. Postremo etiam ex ratione civili ea sententia admittenda est. Etsi enim non sit explorati iuris civilis ea sententia, sed multa contra ex iure civili dici possint; tamen superior ratio, quam pro ea sententia adduximus, hoc saltem facit, ut res in dubitationem, & ambiguitatem revocetur. In dubiis autem etiam iure civili placet benigniorem sententiam præferendam esse, *L. si fuerit legatum, in fin. de reb. dub. L. semper in dubiis, de reg. iur.* Ea autem sententia humanior & benignior est, quæ pro liberis facit.

Hac † sententia admissa propter eam rationem, quam supra adduximus, dicendum est non tantum filium, qui rogatus est, restituere portionem hereditatis paternæ, posse ita deducere trientem, ut supra dixi, deinde reliquæ substantiæ quartam, tunc, cum rogatus est hereditatem restituere, sub conditione, si sine liberis decesserit, ut Accursius existimavit, hoc loco: sed etiam filio rogato idem tribuendum esse, etsi rogatus sit pure portionem he- 4

hereditatis pateroæ restituere, contra distinctionem Accursii hoc loco. Nam semper verum erit filium rogatum posse deducere trieutem, ut sibi uatura debitum: quo deducto, consequens erit reliquum patrimonium ita posse restitui, ut inde filius possit deducere quartam ex Senatusconsulto, *L. irritum. supr.*

Hac sententia quæsitum est, quantum iu duabus illis deductionibus, quas filio tribuimus, filius deducere debeat, & de trieute couvenit iuter omues, tunc ex tota hereditate detrahi: de quarta quæ amplius ex SC. deduci debet, quæstio est: quidam putant præter quatuor uncias hereditatis, quas filius iam retinuit, habere eum debere eiusdem hereditatis uncias tres, ut sic totius hereditatis, ex qua institutus est, habeat 7. uncias, quinque tautum restituat. Sed hæc sententia merito displicuit, quia triens, qui primus deducitur, non ut quarta deducitur, sed ut æs alienum & debitum filii; Secundum quam sententiam huius deductionis ratio ita ineuuda est ex senteutia *L. irritum sup.* Filius aute quatuor uncias hereditatis deducit: id quod reliquum est, dividetur iu duodecim uncias, ex quibus filius tres accipit, reliquum dodrantem restituit. Aut quod idem est, deductis quatuor uuciis, ex tota hereditate, relinquitur bes hereditatis, idest, 8. unciæ, ex quibus filius quartam partem tantum habebit, idest, duas, ut sic ex tota hereditate auferat 6. uncias tantum, non septem. Neque nos movere debet ratio eorum, qui 7. uncias filio tribuunt. Dicunt enim, filio tribuendam esse quartam totius portiouis paternæ. Portio autem quarta totius hereditatis paternæ nou sunt duæ unciæ, sed triens. Respondemus euim verum esse, filio tribuendam esse quartam totius portiouis paternæ. Sed iam diximus, hanc portionem paternam nou æstimari computato adhuc triente, qui natura filio debetur, sed computari eo triente aute deducto, ut ære alieuo: quod reliquum est, id totam portiouem pateroam existimari debere.

Ad L. Si ut allegas. 11.

Imp. Gordianus A. Maximæ.

Si (ut allegas) pater tuus eam portionem, ex qua te facit heredem, fratribus tuis restituere iussit, certisque speciebus pro Falcidia præcepit esse contentam: auxilium legis Falcidiæ, quod imploras, apud suum iudicem non prohiberis flagitare. PP. VII. Kalend. Novemb. Arriano & Pappo Coss.

S U M M A R I A.

1. *Filia heres instituta & rogata restituere portionem paternam fratribus, quartam ita retinet, ut testator prohibere non possit, quo minus retineat.*
2. *An idem post contrariam Iustiniani constitutionem locum habeat.*

1 Filia † a patre iustituta, & rogata restituere portionem paternam fratribus, quartam ita retiuere potest, ut testator prohibere oon possit, quo minus eam retioeat, sive in totum prohibeat, sive pro ea quarta aliquid filiæ attribuerit, ut hic. Non quod non debeat in quartam imputari id, quod a defuncto tribuitur, *L. in quartam, D. eod.* sed quod si id ad quartam non sufficit, possit filia, quod amplius est, ex Senatusconsulto deducere, vel petere, quod Senatusconsultum hic appellatur Falcidia, quia Seuatusconsulto permissum est, ut quarta ex fideicommissa hereditate ita deducatur, uti per L. Falcidiam de legatis deducere concessum est, ut docuimus *ad L. iubemus, sup. ad Trebell.* Hæc sententia ex iure veteri certa est, quo iure testator contra L. Falcidiam non potuit cavere, ne quarta portio hereditatis apud heredem maneret, *L. quod bonis. §. 1. L. si debitor, D. eod.* Quid † dicemus hodie, post constitutionem Iustiniani, qua cautum est, licere testatori prohibere, ue portio ex L. Falcidia deducatur. *Auth. sed cum testator, sup. eod.* Respond. si hanc quartam intelligimus eam portionem, quæ filiæ na- 2

tura debetur ex succeffione patris, hanc teftator prohibere non poteft. *L. quoniam in priorib. L. Scimus, fup. de inoffic. teftam.* Nec conftitutio nova Iuftiniani ad eam portionem pertinet. Hæc enim portio, ut naturæ iure debita deducitur, non ex L. Falcidia. Deinde eadem *Novella, de hered. & Falcid. § pen.* declaratur, libertum non poffe teftamento fuo prohibere, quominus patronus quartam fibi debitam habeat. Plus autem iuris eft filiis in ea portione, quæ illis in fucceffione patris natura debetur. Quod fi præter hanc portionem filia etiam deducere volet de reliquo patrimonio quartam, ex Senatufconfulto, ut facere poffe eam diximus, *ex c. Raynutius, de teftam.* puto patri licere ex Novel. conftitutione hanc quartam partem prohibere.

Non obftat, quod Novella conftitutio fcripta eft de Falcidia prohibenda, hic autem agitur de quarta Trebell. nempe quæ ex fideicommiffa hereditate deducitur. Etfi enim verum eft, quod in prioribus legibus nominatim correctum non eft, id pofteriorum legum regulis permittendum effe. *L. præcipimus, in fin. infr. de appellationib.* tamen verbo Falcidiæ, quo Novella utitur, fatis continetur quarta, quæ retinetur ex Senatufconfulto. Nam & hæc Falcidia appellatur nominatim in hac L. item in *L. iubemus, fupr. ad Trebel.* de quo illic plura. Deinde ratio Iuftiniani in Novel. conftit. cur velit poffe prohiberi deductionem Falcidiæ, eft hæc, ut voluntas defuncti confervetur, *d. Novell. 1. §. hinc nobis.* Hæc ratio pariter in quarta Trebellianica locum habet. Poftremo maior cauffa eft, cur teftator poffit deducere quartam Trebellian. quam quartam Falcidiam quæ deducitur ex fingulis legatis. Nam Falcidia quarta prohibita, licet heredi hereditatem non adire; Trebelliana etiam prohibita, non licet heredi hereditatem non adire. Quifquis enim heres rogatur reftituere hereditatem, is etiam adire cogitur & reftituere, ut fup. tit. dixi. Multo igitur facilius, & huius deductio prohiberi poteft a teftatore.

Ad L. In donationibus. 12.

Impp. Dioclet. & Maximianus AA. Iuftino.

In donationibus inter virum & uxorem factis legem Falcidiam habere locum, quando fideicommiffi partibus funguntur, nonnullis iuris placitis comprehenfum eft. PP. XVI. Kal. Iul. ipfis AA. IV. & III. Coff.

SUMMARIUM.

1. *Donationes, quæ inter præfentes factæ morte folum teftatoris confirmantur, vicem legatorum obtinent, & in iis Falcidia locum habet.*

1 Quæcunque † donationes inter præfentes factæ morte folum donatoris confirmantur, hæ vicem legatorum obtinent; quæ & ipfa folum morte confirmantur. Eadem ratione fit, ut in iis donationibus itidem, ut in legatis Falcidia locum habeat, ideft, hæ donationes in numero legatorum computentur, cum quæritur, quantum legatum fit, & an legatum fit fupra dodrantem. Item ut ex iis, tanquam ex legatis deduci poffit, quod dodrantem patrimonii excedit, ex L. Falcidia. Exemplo eft donatio cauffa mortis, de qua in *L. fi mortis, infr.* item donatio inter virum & uxorem, de qua *h. t.* Huiufmodi donationes ipfo iure non valent. *L. 1. 2. 3. D. de donat. inter vir. & uxor.* Sed tamen nifi a donatore revocatæ fint, morte eius confirmantur, *L. cum hic ftatus, §. 1. de donat. inter vir. & uxor.* Unde & L. Falcidiæ locus, ut ibidem fcriptum eft.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Si ea. 13.

Iidem AA. & CC. Zetho.

Si ea, euius filium tuum servum significas, ex iudicio defuncti, quem dicis fideicommissariam libertatem ei reliquisse, aliquid consecuta est: ad restituendam fideicommissariam libertatem non immerito obnoxia constituta debet urgeri. Nam fideicommissum ei relictum usque ad eum modum potest petere, quem deducto pretio servorum, quos fuerat rogata manumittere, relictorum substantia patitur. S. V. Kalend. Maii, Heracliæ, AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Titia rogata, ut servos per fideicommissum sibi relictos, & amplius servum quendam proprium manumittat, an fideicommisso agnito cogenda sit manumittere.*
2. *Quatenus servos sibi legatos petere possit.*
3. *Error interpretum huius loci notatur.*

TEstator servos quosdam suos per fideicommissum legavit Titiæ, & rogavit eam, ut servos manumitteret; hoc amplius, ut manumitteret servum quendam suum proprium, qui erat filius naturalis Seli, cuius ad consultationem hoc rescriptum relatum. Titia fideicommissum servorum agnovit, neque postea servum suum proprium manumisit, ut rogata erat manumittere: urget pater naturalis Seius, ut manumittat.

1 Quæsitum † est, an debeat manumittere? Non videbatur cogenda esse manumittere. Nam qui ex testamento defuncti nihil accipit, ab eo nihil relinqui potest, §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideicommiss. rel. L. ab eod. supr. de fideicom.* Hæc autem mulier ex testamento capere nihil videtur. Proinde rogari non potest, ut quicquam præstet. Non videri autem eam quicquam capere, probatur ex definitione capiendi. Nam capere non est manu capere tantum, sed cum effectu, idest, capere, ut maneat. Capere enim, quod restituere opus babet, non est capere, *L. aliud est capere, de verb. sign.* In proposito autem mulier servos per fideicommissum relictos ita capit, ut debeat manumittere, proinde capere non videtur. Quare nec propter id fideicommissum, quicquam ab ea relinqui potest, ultra servos legatos. Hic respondetur eam manumittere cogendam servum, quæ servos per fideicommissum relictos agnovit, etiamsi eos manumittere sit rogata. Et recte respondetur, & secundum regulam eam, quæ obstare videbatur. Nam etiamsi servos relictos manumittere debeat; tamen non eo minus in his aliquid capere intelligitur. Nam manumissos habitura est libertos, & ita consecutura in his ius patronatus. Quod ius hæc commoda secum affert, obsequium a libertis debitum, operas item officiales, & præterea ius succedendi liberto ad eum modum, qui constitutus est legibus. De obsequio est *sub tit. de obseq. a libert.* De operis est *sub tit. Inst. de success. liber.*

Hinc colligimus: quicquid est, quod ad aliquem pervenit testamento, id eiusmodi esse, ut qui in eo voluntatem defuncti agnovit, cogendus sit, servum atque adeo servos suos manumittere, quemcunque ab eo testatore manumittere est rogatus, etiamsi servi manumittendi multo sint pluris, quam id, quod accipitur; quoniam legatarius voluntatem defuncti agnovit etiam in minimo relicto, non videtur servos suos pluris manumisisse, *L. sed si non servus, D. eod. L. generaliter, §. si quis alienum, L. si debitor, de fideicommiss. libert.*

Quæsitum † est amplius, quatenus Titia legataria possit petere servos sibi legatos, quos manumittere rogata est? Respondetur, eam petere posse ad eum modum, quem relictorum substantia patitur, idest, potest petere fideicommissum horum servorum in solidum. Et hoc est, quod dicitur, L. Falcidiam non minuere libertates. 2

tates. *L. si universæ, supr. de legat. L. Papin.* §. 4. *D. inoffic. testam.* Servi autem in proposito per fideicommissum relicti, sunt relicti manumissionis caussa, proinde in solidum præstantur, *L. in testatoris* 34. & *L. seq. D. eod.* Sed additur in hoc rescripto ita præstare solidum hoc fideicommissum ut ante deducantur pretia horum servorum, quos Titia manumittere rogata est: quod fit ex verbis L. Falcidiæ ex qua patrimonium æstimatur, deductis prius pretiis servorum manumissorum, §. *ult. Inst. h. t.*

3 Vulgo † graviter erratur in interpretatione huius loci, quod fideicommissum hoc, cuius hic fit mentio, interpretentur fideicommissum pecuniarium, seu pecuniam relictam Titiæ eo modo, ut servum suum manumitteret, & præterea ex eo pretio alios servos redimeret, quos rogata est manumittere.

Primo de servis alienis redimendis nullum hic verbum est: deinde pecuniam esse relictam in hoc, ut legatarius aliquos manumittat, Falcidia non patitur: idest, non præstatur ad eum modum, quem bonorum substantia patitur, sed quem dodrantis substantia patitur. *d. L. in testatoris,* & *L. seq. eo.* Quod est conveniens verbis huius rescripti.

Ad L. Licet adieris. 14.

Iidem AA. & CC. Faustinæ.

Licet adieris patris hereditatem, & confusione pro parte, qua eidem successeris, exstinguatur actio, quam tibi adsersis competere, eo quod ex administratione tutelæ, multa eum debuisse contendis: pro residuis tamen partibus coheredes convenire non prohiberis: & fundum a te relictum eatenus, quoad deducta quarta residui substantia patitur, præstare necesse habes. Dat. VI. Kalend. Octob. Viminacii. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Creditore testatoris a testatore pro parte herede instituto, iusso prædium suum restituere Titio, sive extraneo, sive coheredi, quantum debito a coherede vel ab alio creditor hic de debito consequi possit.*

Creditor testatoris institutus est a testatore heres pro parte. Idem iussus 1 est prædium suum restituere Titio, sive is extraneus est, sive coheres. Quæritur † de debito huius creditoris, quantum de eo consequi possit? Respondetur primo, posse eum citra omnem controversiam partem hereditariam a coherede petere: quia pro ea parte actio vetus confusa non sit, reliquam autem partem, pro qua ipse heres testatoris exstitit, eum petere a coherede nullo modo posse. Quod duabus de caussis recte respondetur. I. Quia hæc portio iam amplius non debetur, ut consequens sit, eam neque ab herede, neque ab ullo alio peti posse. Nam pro ea parte obligatio tollitur confusione; quoniam nemo idem creditor & debitor esse potest. *L. pen. sup. de hered. act. L. uxor. inf. de bon. auct. ind. poss.* Sed quam partem hic heres a coherede accipit, eam retinere potest adversus legatarium, & hoc modo salvam habere; idque est, quod significatur extremis huius rescripti verbis per adversativam. Nam in extremis dicitur, *debere eum præstare legatum a se relictum scilicet, quoad deducta quarta, quantitas patrimonii patitur.* Quibus verbis duo significantur. I. Hunc heredem, a quo supra dodrantem portionis eius legatum est, deducere posse quartam suæ portionis, idque est, quod dicitur, in singulis rationibus rationem Falcidiæ ponendam esse, §. 1. *h. t.* Alterum iisdem verbis significatur, ita quartam hanc ex L. Falcidia deduci, ut heres prius deducat æs alienum, nisi quod ei a defuncto debeatur. *L. in imponenda, sup.* Quo fit, ut hic heres portionem debiti, quam a coherede exigere non poterat; tamen in ratione Falcidiæ ponenda, ponat, & deducat adversus legatarios, dein reliquum ita partiatur, ut retineat quartam, dodrantem restituat.

Ad L.

Ad L. Si prædiorum dotis. 15.

Iidem AA. & CC. Pomponio.

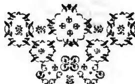
Si prædiorum dotis apud te iure remanentis instrumenta verbis præcariis, vel testamento, vel codicillis uxor tibi dari mandavit, eius iudicium successores implere compellentur: cum instrumentis prædiorum domino relictis, Falcidiæ nulla possit intervenire quæstio. Supposita. XVI. Kalen. Febr. Sirmii CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Dos quando soluto matrimonio mulieri, aut heredibus restituenda sit.*

2. *An ex legato instrumentorum Falcidia quoque detrahi possit.*

SOluto matrimonio dos mulieri, aut heredibus restituenda est, *L. 2. D. so-*
1 *lut. matrim.* Sed hoc † ita, nisi in dote danda convenerit, ut vel susceptis liberis, vel mortua in matrimonio uxore, dos maneat penes maritum, *L. 2. & L. si pater, de pactis dotalib.* Cum forte eiusmodi pactio inter maritum & uxorem intervenisset, ex qua prædia dotalia apud maritum manere deberent: uxor decedens legavit marito suo instrumenta eorum prædiorum, id est, tabulas & literas, quibus origo emptionis & acquisitionis eorum prædiorum continebatur. Hoc ideo recte fit ab uxore; quia nisi hæc instrumenta marito legentur, non sunt mariti, tametsi maritus prædiorum sit dominus, *L. instrumenta, sup. de fideicommis.* Quæsitum est, cum tantum legatum esset ab uxore, ut locus esset legi Falcidiæ,
2 an † ex hoc quoque legato instrumentorum Falcidia detrahi possit secundum verba *L. potest, D. eod.* Nam legata sunt; & L. Falcidia omnia legata minuuntur, si dodrantem excedant, ut supra diximus. Hic respondetur, quod horum instrumentorum nulla sit æstimatio, & proinde non sint in computationem legatorum æstimanda. Nam pretia rerum cum aliis in caussis, tum præcipue circa L. Falcidiam non ex affectu cuiusquam æstimantur, veluti si dicat heres, *se nolle istiusmodi instrumentis carere pro* 10. *aureis h. t.* Sed æstimantur revera communi hominum æstimatione. *L. quia, D. eod.* At pretia instrumentorum, si quis aliis velit vendere, nullo pretio æstimantur, quia aliis omnibus sunt inutilia; proinde nullo modo æstimanda. Recte quoque hanc rationem Accursius reddit, cur non debeat ex his instrumentis quarta detrahi; quia ea quarta heredi sit inutilis, legatario prosit ut consequens sit, heredem non posse eam quartam retinere, nisi ut officiat legatario. Præclare autem scriptum est a Celso, malitiis non esse indulgendum, *L. in fundo, de rei vindicat.*



Ad L.

Ad L. Successores. 16.

Iidem AA. & CC. Diomedi.

Successores legata, vel fideicommissa, si æs alienum hereditarium defuncti substantiæ fines occupaverit, legis Falcidiæ iussio peti, item Trebelliani Senatusconsulti præceptum exigi non concedit. S. XVI. Kalend. Febr. Sirmii AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Heres adita hereditate suscipit omnia onera hereditaria una cum commodis.*
2. *Onerum hereditariorum duo genera.*
3. *Quomodo æri alieno & legatis heres obstringatur.*
4. *Æs alienum si sit tantum, ut hoc dissoluto in patrimonio nihil supersit, legatorum nomine nihil debetur.*

1 HEres † hereditate suscepta, suscipit omnia onera hereditaria, una cum commodis *L.* 1. 2. *sup. de bon. poss.* One-
2 rum † hereditariorum duo sunt genera, æs alienum defuncti & legata. His oneribus obstringitur heres, sed dissimiliter
3 iure veteri. Nam æri † alieno obligatur in solidum: legata autem non præstantur ultra vires cuiusque patrimonii, ut hic est scriptum, & *L.* 7. *§. denique ad Trebell.* 1. *§. in quibusdam, D. si cui plus, quam per L. Falcid. lib. &c.* Id efficitur & L. Falcidia & Senatusconsulto Trebell. Proinde neque ab herede legata supra vires patrimonii exigi possunt, neque possunt a fideicommissario, cui restituta est hereditas. Efficitur hoc L. Falcidia, quæ si non patitur legata præstari ultra dodrantem hereditatis; multo igitur minus patitur ea præstari, ultra vires eius patrimonii. Idem efficitur Senatusconsulto. Quod si de Pegasiano veteri intelligimus, quarta ex eo Senatusconsulto deducitur, ut deducitur, ex L. Falcidia, *§. sed quia hereditas, Inst. de fideicom. hered.* Sin intelligimus de Senatusconsulto Trebell. vetere, hoc SC. non transferuntur actiones in fideicommissarium, nisi quæ, & quatenus in heredem competebant. Legatorum autem petitio ultra dodrantem non competit.

Hinc † consequens est, quod *in princ. hic* dicitur, si tantum sit æs alienum defuncti, ut hoc dissoluto nihil in patrimonio supersit, legatorum nomine nihil deberi, idem in *L. si universæ, supr. de legat.* scilicet quia in legatis præstandis ex L. Falcidia patrimonium æstimatur, deducto prius ære alieno, ut si quid superfit, eius quartam heres habeat, si nihil supersit, nihil præstare debeat, *§. ult. Inst. eod. tit.* Sed hæc iure veteri ita sunt: constitutionibus autem Iustiniani, quæ scriptæ sunt de inventario ab heredibus faciendo, in totum a iure hoc recessum est. Nam si heres inventarium facit, non tenetur creditoribus ultra vires patrimonii. Si non facit, aut non ita facit, ut ex illis constitutionibus oportet, non solum æri alieno in solidum obligatur, ut ante, sed etiam legatis ultra vires patrimonii, *Authent. sed cum testator, in fin. supr. eod. L. ult. supr. de iure delib.* 4

Ad L.

Ad L. A coheredibus. 17.

Iidem AA. & CC. Caio.

A coheredibus relicta legata, quatenus modus Legis Falcidiæ præstitutus patitur, posse peti, certissimi iuris est. Suppos. V. Kalend. Novemb. Anchiali. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Relictum heredi a coherede quatenus debeatur.*

2. *An in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda sit.*

Heredi a seipso legari non potest; quia non est, qui ei legatum præstet. Heredi a coherede recte relinquitur legatum; quia est, qui illi legatum dare possit. *L. legatum*, §. 1. *de legat.* 1. Posterior pars huius definitionis hic constituitur; & hic
1 quæritur, quod a † coherede heredi relictum est, quatenus debeatur, exempli gratia, qui quadringenta habebat in bonis, duos instituit heredes, Primum & Secundum, ex æquis partibus, Primum iussit Secundo 200. dare. Hic duo quærimus. I. An Primus 200. præstare debeat, si nulla esset L. Falcidia. Movet quæstionem; quia onera hereditaria dividuntur inter heredes pro portionibus hereditariis *L. 2. sup. de hered. act.* Huiusmodi onus videtur esse legatum a Primo relictum, ut proinde videatur Primus ex 200. ab eo relictis 100. debere duntaxat, ut portionem legati, ubi pro portione heres est. Hic respondetur 200. deberi, ut legata sunt a Primo: nihil ad rem pertinet, quod dicitur onera hereditaria dividi inter heredes, pro portione hereditaria. Hoc enim de ære alieno defuncti intelligendum est, ex quo prius tenebatur, *L. ea, quæ, sup. famil. ercisc. L. debitorum, de pact.* diversa caussa est legati. Nam quantum cuique relictum est testamento, tantum ab eo relinqui potest, §. 1. *Inst. de sing. reb. L.* 4. & 6. *de legat.* 3. & hæc ita sunt, si L. Falcidia non interveniat, idest, si supra dodrantem portionis hereditariæ legata relicta non sint. Quid ergo, si supra dodrantem eius portionis relicta sint, ut in specie proposita contigit? Et placet heredem L. Falcidia bono fine usurum pro portione sua.

Hæc est illa vetus quæstio, † an in singulis heredibus ratio L. Falcidiæ ponenda sit: quod prima ratione non videtur, ut in exemplo a nobis proposito. Nam a Secundo herede nulla legata relicta sunt: Ita sit ut amplius, quam quarta hereditatis apud unum heredem maneat; manet enim semis integer apud secundum. Videtur autem L. Falcidiæ satisfactum, si testator quartam hereditatis integram reliquit, vel apud omnes. Quod si recipitur, consequens erit, Primum heredem in specie proposita detrahere de legatis a se relictis nihil posse, quanvis ea eius portionem exhauriant. Sed placuit, ut dixi, in singulis heredibus rationem L. Falcidiæ ponendam esse, idest, si tantum a singulis legatum sit, ut dodrans portionis hereditariæ excedatur: quantum ultra dodrantem erit, tantum de legatis singulorum decedet, *L. in singulis*, *D. eod.* §. 1. *Inst. de L. Falcid.* Quæ sententia efficitur verbis L. Falcidiæ. Nam in secundo capite non dicitur, cum ita deducitur de legatis, ne minus, quam quartam hereditatis partem unus heres habeat, sed ne minus, quam quartam partem hereditatis heredes capiant. Quibus verbis exigitur, ut quarta apud universos heredes maneat: proinde ut maneat apud singulas portiones. 2

Ad L. Si quis penult.

Imp. Iustinianus. A. Ioanni *Præfecto prætorio*.

Si quis quadringentorum forte solidorum habens substantiam, iusserit, heredem non aliter adire hereditatem, nisi prius trecentos octoginta solidos cuidam persolvat, vel aliam quantitatem, quæ deminuere Falcidiæ rationem potest: sancimus heredem, si adierit, legis Falcidiæ beneficio sustentatum, replere quidem, quod ad Falcidiam deest: & prius eo dato, vel retento, sive una datio est, quæ celebrari dispositio fuerit, sive in multas dividitur personas, præfatæ legis immutilatum habere beneficium. Si enim cum mortis caussa donatio procedat, & hæc modum legis Falcidiæ excedat, heres post aditionem repetit eam pecuniam, quæ ultra modum legis Falcidiæ corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit: quare non in præsenti casu & viventibus, & morientibus providemus, & eorum ultima elogia conservantes, & commodum hereditarium non minuentes? Dat. Kal. Novemb. Constantinop. post Consulatum Lampadii & Orestis VV. CC.

SUMMARIA.

1. *Conditio, quæ fit conditionis implendæ caussa, an lege Falcidia minuatur, ut legatum.*
2. *Heres institutus sub conditione, si* 300. *dederit, an cogatur ab initio totam eam summam præstare, ut fiat heres, postea detracturus Falcidiam; an vero ab initio possit detrahere* 80. & 300. *præstando fiat heres.*
3. *Conditionis implendæ caussa quæ capiuntur, an imputentur in quartam.*

Cum quæritur, an supra dodrantem legatum sit, ut L. Falcidiæ locus sit, placet in his, quæ relinquuntur, computanda esse, non tantum legatum, sed ea etiam, quæ legatorum vicem obtinent, quæ omnia in numero & computatione legatorum traduntur: & si omnia hereditatis dodrantem excedunt, singula per L. Falcidiam minuuntur, quatenus dodrantem excedunt. In his habentur donationes caussa mortis, *L. si mortis*, *L. in donationibus*, *sup. h. t.* Quæsitum est hoc loco, an in eadem caussa haberi debeant ea, quæ conditionis caussa implendæ ab herede præstantur, exemplum est tale. Qui 400. habebat in bonis, non potest amplius legare, quam 300. proinde si legavit 380. de legatis 80. decedent, ut 100. apud heredem maneant. Quid si testator ita scripserit, *Lucius Titius mihi heres esto, si* 400. *Titio dederit*. Quæro, an huius conditionis implendæ caussa necesse habeat heres 400. præstare, ut fiat heres; an vero non habeat necesse præstare, nisi 300. propter L. Falcidiam, ut nihilominus recte fiat heres 300. præstitis. Quæstio est in eo, an † hæc conditio, quæ fit conditionis implendæ caussa, Lege Falcidia minuatur, ut legatum, secundum verba L. Falcidiæ. Hæc præstatio non potest minui; quoniam Lege Falcidia solum legata minuuntur, & quæ legatorum vim habent, ut verba legis declarant, *L.* 1. *D. eod.* & dicitur apertius in *L. in quantitate partim*, §. *ult. D. eod.* Quod autem præstatur ab herede conditionis implendæ caussa, id neque legatum est, neque legati vim habet, quod dilucide testatur Tit. *si quis omissa caussa testamenti*. Nam edicto, *si quis omissa caussa testamenti*, cautum est, si quis omissa caussa testamenti ab intestato possideat hereditatem, ut ne minus legata, & quæ legatorum vicem obtinent, præstet, quam si ex testamento hereditatem adiisset, & tamen si heres fuerit institutus sub conditione, *si* 10. *Titio dederit*, & ab intestato possideat hereditatem: placet eum 10. non debere. *d. L. si quis sub conditione*, *D. si quis omis. causs. testam.* Non sunt igitur ea 10. legata, nec legati vim habent, alioqui ex edicto præstanda essent. Constituit hoc lo- 1

co

co Iustinianus nihilominus de præstatione, quæ fiat ab herede conditionis implendæ caussa, quartam non minus detrahi posse, quam ex legatis & donationibus caussa mortis potest. Non obstat, quod hæc præstatio non est in numero legatorum, ac eorum, quæ vim legati habent. Non enim ideo de hac præstatione Falcidia detrahitur, quia præstatio fit contra verba Legis Falcidiæ; sed quia est in fraudem legatorum. Quando Lege quid prohibetur, non tantum prohiberi intelligitur, quod est contra verba legis, sed etiam quod est contra mentem & sententiam legis, idest, contra id, quod vetuit lex, etsi verbis non prohibuerit. *L. non dubium, sup. de legib.*

Huiusmodi est hæc præstatio, de qua quæritur. Nam L. Falcidia vetuit ultra dodrantem legari, ne alioqui heredes nollo lucro provocati omitterent hereditatem, & ita destitueretur iudicium defuncti, ut est *Instit. eod.* At hac præstatione heredi iniuncta, eodem res recidit, ut si heres cogatur totam eam pecuniam præstare, quam iussus est, futurum sit, ut hereditatem omittat; ergo hæc quoque præstatio est contra id, quod lex voluit; proinde irrita est, sic atque hæc præstatio esset in numero legatorum. Hinc colligimus, non solum donationes caussa mortis L. Falcidia minui, ut legata, sed etiam omnes præstationes, quæ sine donatione mortis caussa capiuntur, quale est, quod ab herede præstandum est conditionis implendæ caussa, ut declaratur *L. mortis caussa capitur, in princ. §. sine donatione, D. de mort. causs. donat.*

Huic sententiæ contraria videtur *L. 1. §. item si ita, D. eod.* Proponitur exemplum eiusmodi; testator ita scripsit: *Heres meus Titio. penum dato, si non dederit*, 10. *ei dato*. Hoc in casu placet, si heres in præstando penum moram fecerit, statim 10. deberi, & sola deberi; amplius autem non deberi penum, nec legatum esse; sed tamen heredem, ut liberetur, posse penum præstare; si præstiterit, in Falcidiam non imputabit, idest, non computabit in numeratione legatorum; nec de penu quicquam detrahi posse ex L. Falcidia; & tamen penus in hac specie mortis caussa capitur: nam huius capiendi occasio obvenit per mortem testatoris, quæ definitio est mortis caussa capionis in *d. L. mortis caussa capitur*. Respondeo non sunt contrariæ horum locorum species, quæ sunt dissimiles. In hac lege agitur de eo, quod heres ex conditione præstare debet, quo non præstito non est heres factus. Itaque id præstare cogitur, si vult heres esse, ut merito hæc præstatio legatis comparetur. At in exemplo legis, quod supra retulimus, heres non habet necesse, penum præstare, si non vult. Nam quanvis non præstiterit, nihilominus heres erit; potest enim præstare 10. quæ sola legata intelliguntur. Hinc hæc distinctio tenenda est, quod heres præstare cogitur, si vult heres esse, de eo Falcidiam detrahet, uti de legato, ut in hac lege. Quod autem præstare necesse non habet, de eo non detrahit Falcidiam, etiamsi id mortis caussa capiatur; quia si id præstat, sibi imputare debet, qui id præstare necesse non habuerit.

Quæsitum est circa exemplum huius legis, an † heres institutus sub conditione, si 380 dederit, cogatur ab initio totam eam summam præstare, ut fiat heres, postea detracturus Falcidiam? An vero iam a principio possit detrahere 80. & 300. præstando fiat heres? Quidam putant heredem debere 380. præstare solida, ut conditionem impleat, & conditione impleta fiat heres. Movet eos; quia conditio omnis implenda est, ut vulgo loquuntur, in forma specifica, idest, secundum præscriptum verborum conditionis, ut nihil in illis omittatur, *L. qui heredi, in princ. D. de cond. & demonst.* Sed huic sententiæ adversantur huius legis verba, quia fit potestas heredi retinendæ prius Falcidiæ, illis verbis: *prius dato, vel retento*. Deinde quia in extremo dicitur, quod hæc præstatio ipso iure minuit, quemadmodum donatio caussa mortis. Non obstat, quod dicitur conditiones implendas esse ex omni parte. Hoc enim dicitur de conditionibus utilibus, non vero de conditionibus, quæ pro non scriptis habentur, qualis est hæc conditio, quatenus præstatio dodrantem hereditatis excedit: placet enim eatenus ipso iure minui præstationem. Hic introducitur hæc quæstio.

An † ea, quæ conditionis implendæ caussa capiuntur, imputentur in quartam ratione sumpta ex specie huius loci? Sed hæc quæstio hoc loco inepta est, & stolida. Nam hic agitur de eo, quod heres præstare debet, & de eo qui cupit Falcidiam retinere. Quæstio autem superior ponitur de his, quæ heredi præstantur conditionis implendæ caussa, veluti si fundus legatus sit sub conditione, si 10. heredi daret, ubi quæritur, an hæc 10. data heredi imputentur in quartam? Certi autem iuris est hæc non imputari; *L. id autem quod L. in quartam, D. eod.*

Ad L. Cum certum. ultim.

Idem A. Ioanni *Præfecto prætorio.*

Cum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatoris exhibet, in solidum legata dependentem non posse postea rationem legis Falcidiæ prætendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi: Iubemus hoc simili modo firmum haberi, & si cautionem super integra legatorum solutione fecerit: quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. In utroque etenim casu, idest, sive solverit, sive super hoc cautionem fecerit, æquitatis ratio similia suadere videtur. Dat. XV. Kal. Novemb. Constantinop. post Consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. anno secundo.

S U M M A R I A.

1. *Quartam Falcidiam qui retinere potest, an, si ultra stipulanti promittit, idem solida legata debeat, nec retinere quartam possit.*
2. *Dubitandi rationes adductæ.*

QUI quartam ex lege Falcidia retinere potest, si ultro solvit, non repetit, *L. error. sup. eod.* Si ultro † sti-
1 pulanti promittit, quæsitum est, an idem solida legata debeat, nec retinere quartam possit? Constituitur hoc loco, eum, qui solida legata promisit, quartam retinere non posse contra stipulantem. Inutilis constitutio est, nisi hac de re sit aliqua dubitatio. Et veteres de eo dubitarunt, ut hic testatur Iustinianus. Dubitatio exstat in *L. si patronus, §. 2. de donat.*
2 Quæro, † cur hic dubitetur circa legem Falcidiam de stipulatione: cum certi iuris sit, ex stipulatione omni iure civili obligationem nasci, *§. de constituta, Inst. de actionib.* Respondeo, dubitatio nata est exemplo patroni: nam si patronus institutus sit a liberto, & ex debita portione; & rogatus sit quid præstare: si id stipulanti promittat, stipulatio non valet, *d. L. si patronus, in princ. D. de donat.* Quo exemplo videtur idem dicendum in eo herede, qui promisit se legata præstiturum ultra portionem legis Falcidiæ debitam. Respondeo: dissimilia hæc sunt: nam portio debita patrono in bonis liberti debetur ob reverentiam patrono debitam. Hæc reverentia videtur violari, cum patrono hæc portio non servatur: sic fit, ut stipulatio contracta videatur esse contra bonos mores. At heredi extraneo testator non debet reverentiam: ob hanc caussam si heres promittit, se solidum legatum præstiturum, nihil hic fit contra bonos mores, ac proinde stipulatio valet. An idem hic efficiat simplex pollicitatio, qua heres promittit se solidum soliturum, quod efficit promissio stipulanti facta. Vide quæ diximus *ad L. 1. & 2. sup. de fideicommiss.*

HUGO-

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIA
IN CODICEM
IUSTINIANI.

AD TIT. XLVII. LIB. VII. COD. DE SENTENTIIS QUÆ PRO EO QUOD INTEREST PROFERUNTUR.

Est hæc lex sive constitutio tota forensis, ut vel ipsa inscriptio satis declarat. Iudici præcepta dat, quæ sequatur, ubi in id quod interest, condemnatio facienda est. Est igitur hic locus peropportunus visus de tota hac quæstione, non satis explicata, sed maxime controversa atque difficili, & tamen ad cognoscendum necessaria pluribus verbis differendi.

Ad L. Cum pro eo. Unic.

Imp. Iustinianus A. Ioanni. P. P.

Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquæ in infinitum productæ sint: melius nobis visum est, huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coartare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus, & locationibus & omnibus contractibus, hoc quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus qui incerti esse videntur, iudices qui caussas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, & non ex quibusdam machinationibus, & immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur: ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat: cum sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodo pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio: quia & ex eo veteres id quod interest, statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquæ prolixitatis, huius constitutionis recitatio. Dat. Kal. Septemb. Constantinop. post Consul. Lampad. & Orest. Coss.

CAPUT I.

Digitized by Google

C A P U T I.

S U M M A R I A.

1. *Nomine eius* quod interest *sive factum sive non factum oportuit exigitur aestimatio.*
2. *Quot & quibus in caussis eius quod interest, versetur aestimatio.*
3. *Huius commentationis occasio & utilitas; & rerum ordo & partitio.*

Quibus in caussis aut ex eo, quod factum est, quod non oportuit, aut ex eo, quod factum non est, quod debuit, actio constituta est: in omnibus ita fere ius esse reperietur, ut eo nomine in id quod interest agentis, & petitio, & condemnatio constituta sit. Et certe cum neque quod factum est, infectum esse possit, neque de eo, quod faciendum est, vis reo facile afferri, ut quod nolit, faciat: nihil in his generibus aliud
1 relinqui videtur, nisi † ut quemadmodum facti, ita non facti aestimatio exigatur. Quae porro alia harum rerum aestimatio esse potest, nisi ut & illic quanti factum non esse, quod factum est: & hic, quod oportuit, quanti factum esse intersit, idest (ut nunc intelligi volumus) utile sit ei, qui agit, aestimetur? Sed genera obligationum nobis ante oculos ponamus: tum id ita esse, quod posuimus, quamque haec
2 ratio † late pateat, facilius intelligemus. Cum omnis obligatio contracta aut in dando sit, aut in faciendo: hoc primum de iis, quae in faciendo consistunt, sive id actum sit, ut quid fiat, sive id, ut ne quid fiat, innumeris locis testatum est: in his non modo reum damnari in id quod interest, sed ipsum etiam illud, quod interest, obligatione faciendi contineri: his locis praesertim, *§. ultim. Instit. de verb. obligat. L. si poenam*, 68. *L. quoties, quis*, 81. *D. de verbor. obligat. L. si quis ab alio, §. ultim. D. de re iudic.* Quae autem in dando sunt, etiam in his, si ad dandi obligationem hoc quoque accessit, ut conventionis lege certo modo quid, puta certo die, praestari deberet: placet, si per promissorem factum sit, quominus eo die praestaretur, consequi actorem, quanti sua interest, moram factam non esse: idest, factum non esse contra, quam debuit. *L. si fundum*, 114. *D. de ver. oblig.* Idemque placet, & si quid certo loco dari debuit, neque datum est. *L. 2. in princip. L. quod si Ephesi, D. de eo, quod cer. loc.* De maleficiis, si quid cui damni datum sit iniuria, si quid cui ablatum, aut ereptum: in omnibus sic est actio proposita, ut aestimetur, quanti ea res est, de qua agitur, idest, quanti actoris interest. *L. ait lex, D. ad L. Aquil. L. inficiando, §. 1. D. de furt. L. 1. § non solum, D. unde vi.* Nam quomodo aliter in his quod admissum est, sarciatur, aut vindicetur? Quid interdicta? Nempe haec cum aut in eo sint, ut possessio nobis restituatur; aut in eo, ut quam possessionem tenemus, ea ne inquietetur, idest in summa, in faciendo: prorsus eandem petitionem & condemnationem habent. *L. 1. §. est igitur, D. uti possid.* Omnibus enim edictis, quae de caussa interdictorum sunt, actio quanti ea res est, datur: quod nihil aliud est, quam id, quod iterest. *L. 1 §. haec verba, D. ne vis fiat ei, L. 1. §. non solum, D. unde vi, L. 3. §. ult. D. uti possid. L. 3. §. in hoc, D. de iti. act. pr.* Utrum in eo genere, cum agitur, ut quid fiat, si reus facere possit, quod ab eo exigitur, praecise cogi possit, ut faciat; an eo non faciente, nulla ne hic quidem alia condemnatio sit, quam quanti actoris interest, de quo maxime dubitari solet, alias videbimus. Pertinet enim hoc ad naturam, & potestatem cuiusque obligationis quaerere, quid in ea versetur, quid ex ea sperare & consequi liceat. De quo alius est dicendi locus. Nunc hoc constet, & in his (saltem tunc, cum reus praestare quod debet, non potest) & in caeteris, in quibus de eo, quod factum est, agitur: aut unam esse condemnationem in id quod interest, aut certe in omnibus vi & sententia legis id in aestimationem vocari. Quod cum ita sit; totidem in caussis accidit, ut quaerendum sit, quid sit id, quod nostra interesse dicimus, quidque eo verbo ad praestationem, & litis aestimationem contineri intelligatur. De quo
cum † magnae inter veteres quaestiones fuerunt, quas Iustinianus edita constitutione sub Titulo, *De sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur* decidere conatus est: tum post constitutionem Iusti- 3

niani

niani, de sententia ipsius constitutionis multo maximæ extiterunt: ita constitutio præcise scripta est, & ut in re per se non satis explicata, parum perspicue. Itaque quod res esset eiusmodi, quam intelligi usque adeo in iuris nostri persecutione referebat, non plures sunt de alia quæstione, aut accuratiores Interpretum nostrorum disputationes: sed eiusmodi, (si paucorum eruditorum hominum quos nostra ætas tulit, exceperis) quibus omnia ademeris citius, quam huius loci explicationem concesseris. Quod cum ita esse mihi persuaderem, in aliis etiam nonnulla desiderari scirem, aggressus sum & ipse eandem quæstionem explicare: si quid forte non dicam melius, planius fortassis afferendo, nostrorum hac quoque parte studia iuvare possim. De re ita dicemus, ut primo simplicius, quid sit id de quo quæritur, & cuiusmodi sit: tum deinde quæ sint eadem de re veterum dubitationes, quæ Iustiniani legis de his sententia, numero & ordine accuratius differamus.

CAP. II.

SUMMARIA.

1. *Quid valeat verbum hoc*, quod Interest, *cum ex verbis legis tum in actionibus privatis & n. 2.*

3. *Id quod interest in facto, non in iure consistere: hoc utrumque quid sit.*

1 Actio in id quod interest, proponitur, de quo nunc quæritur. Id † quod interest, sic intelligimus, quod nostra interest, qui agimus. *L. 1. in princ. D. de act. empt. L. 3. §. ult. uti poss.* Id ipsum est, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. Tot enim verbis definit Paulus in *L. si commissa, D. rem rat. hab. Si commissa est*, inquit, *stipulatio rem ratam dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, idest, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*. Idem de lege Aquilia loquens scribit, in ea consequi nos, quod consequi potuimus, si damnum datum non esset, aut quia datum est, quod erogare cogimur. *L. si servum, §. ult. D. ad leg. Aquil.* ubi hoc sentit, consequi nos id quod interest: huius enim æstimatio verbis legis in actionem venit. *L. ait lex, D. ad leg. Aquil.* quam recte id ita dicatur, vis verbi & proprietas explicata declarabit. Proprietate verbi hoc continetur, ut sit quod interest, quod nobis utile est. Verbum enim ita compositum est, ut sit quasi, in re est. Quod pronomina hæc adiuncta probant, quæ cum hoc verbo construuntur, mea, tua, nostra, vestra. Dicimus enim, interest mea, quasi in re est mea, idest, quod ad rem, utilitatemque meam pertinet. Idemque in cæteris illis intelligitur, tua, nostra, vestra. Hac significatione illa dicuntur, Reipub. interesse mulieribus dotes suas conservari. *L. 1. D. solu. matr.* & stipulationes ideo inventas, ut unusquisque acquirat, quod sua interest. *L. stipulatio ista, §. alteri, D. de verb. obl.* quorum in altero, hoc intelligimus, quod Reip. utile sit; in altero quod stipulanti cuique expediat, & in rem pecuniamque eius redigatur. Sed fortasse in † actionibus privatis, in quibus id venire dicimus, quod interest, hoc quod interest aliter accipimus. Imo prorsus eodem modo, quod utile est, quod facilius ex adiuncto animadvertere poterimus. Dicimus enim, si res vendita non tradatur, in id quod emptoris interest, agi: sed adiungitur, quod interest rem habere, ut *L. 1. D. de act. empt.* non dicimus, in id quod interest, rem non esse traditam, quippe rem habere utile, ideoque id est, quod interest: rem non habere, inutile. Sic dicimus in locatione, si locator fundi non præstet conductori, ut fundo fruatur, actionem esse conductori in id, quod ipsius interest frui, non quod interest, quod non fruatur. *L. si fundus D. locati.* Sic in interdicto, unde vi, eum qui deiectus est, tantum consequi, quanti interest deiectum non fuisse. *L. 1. §. non solum D. unde vi.* quanti interest, quod sit deiectus, non dicimus: quoniam hoc inutile fuisse deiectum. Sed cur laboramus, cum constet id quod interest, utilitatem a iuris auctoribus passim nominari? Venit omnis utilitas, omnis utilitas præstanda est. Hoc illud est, id omne quod interest, venit: id omne præstandum, quod interest. *L. 2. in princ. & §. ult. D. de eo quod cer. loc. L. si sterilis, §. cum per venditorem, De actio. empt. L. 1. §. hæc verba, D. Ne vis fiat ei. L. 1. §. non solum, D. Unde vi. L. pen. D. Si quis cautio.* Quæ autem ista utilitas est eius, quod

quod factum oportuit nisi in eo, quod re perfecta, consequi lucrarique potuimus; quod consecuti non fumus, quodque potuimus habere; quod ideo amisimus, quia factum non est, quod debuit? Recte igitur id quod interest, in actionibus privatis id ipsum esse definimus, quod idem verbo legis ad præstationem continetur. Et quidem ipsum, quod consequi & habere potuimus, non præstatur. Nam neque necesse est; modo damnum sarciatur, & sæpe in rerum natura esse desiit, quod præstaretur: sed quanti est, æstimatur, ut deinde in tantam pecuniam reus damnetur, qua præstanda ipsa utilitas, quæ nobis adempta est, idest, id quo caremus, præstari videtur. Hoc est nimirum, cur quæ obligationes in faciendo consistunt, in quibus si factum non fuerit, quod fieri stipulati sumus, in id quod interest agi constat, ut initio ostendimus: ut de his alias ita tradi legamus, si factum non sit, quod promissum est, pecuniam dari oportere, ut *L. stipulationes non 72.* vers. *Celsus*, *D. de verbo. obliga. L. si quis ab alio*, §. *ulti. D. de re iudi.* quod tantundem valet: id enim quod abest, exigi intelligitur, cum eo nomine pecunia præstatur. Quanta autem hæc pecunia futura est? quantum erit, quod aberit, quodque lucrari potuimus: id vero † ex facto, & re 3
nata æstimandum est. Potest enim ex eodem facto pro ratione personarum, locorum, temporum, alias pluris, alias minoris interesse: interdum ne interesse quidem: ideo nulla iuris definitione id comprehendi potest. Et hoc est, quod pro regula Iuris traditur, quatenus cuiusque interfit, in facto, non in iure consistere. *L. quatenus, D. reg. iur.* In facto consistunt, de quibus ex facto iudicium est: quæ prout res inciderit, ita varie æstimantur: ut hoc de quo nunc loquimur. In iure ea, in quibus cum quid inciderit, constat, quidnam id, aut quale sit, quod incidit, quæritur. Sunt enim hæc eiusmodi, ut hominum prudentia æstimari, & diiudicari possint: proinde & certa aliqua iuris definitione, & constitutione comprehendi. Arg. *L. Mora, D. de usur.*

CAP. III.

SUMMARIA.

1. *Id quod interest, dividunt Interpretes in singulare, commune, & conventum & quale sit unumquodque.*
2. *Id quod interest, esse unius generis, non triplicis ostenditur.*
3. *Contrarii in speciem iuris loci explicantur.*
4. *Rerum summa & conclusio.*

UT intelligere liceat, non unam esse vulgo huius rei æstimationem, id
1 quod interest, sic vulgus † interpretum dividit: ut dicat esse alias, cum singulariter nostra intersit, alias cum intersit communiter, alias cum ex conventione: quæ genera ita distinguunt, ut primum genus vocent interesse singulare, alterum commune, tertium conventum. Singulare ita definiunt: quod ex utilitate, & affectione privata & singulari æstimatur. Commune hoc modo: quod communiter, idest, ex utilitate, & æstimatione hominum communi. Conventum, pecuniam illam esse dicunt, quæ in obligationibus faciendi pro eo quod interest, promissa est, si factum non sit, quod fieri debuit. Quæ divisio nescio utrum per se magis falsa sit, vel absurda potius, an in re de qua agitur, magis stulta, & inutilis. Singulare interesse quoddam esse dicunt. Si id intelligunt singulare, quod ex utilitate, & affectione singulari cuiusque æstimatur: nullum est singulare: quoniam nihil ita æstimatur, ut postea demonstrabimus. Sin id singulare, quod ex utilitate cuiusque actoris, recte Eguinarius Baro lib. 4. de divid. nihil interesse ait, nisi singulariter. Utilitatem enim suam quisque privatam persequitur, non alienam, aut cum aliis communem: quod sua interest, non quod aliorum. Quid sit autem, quod commune quoddam esse dicunt interesse; quoddam conventum, plane non intelligo. Si commune est, quod non tantum nostrum, sed etiam aliorum est: effectum est superiore illa ratione, nullum esse interesse commune. Quisquis enim petit quod interest, is quod sua privatim interest, petit: quod sibi abest, non quod alii. *L. 1. de act. empt. L. 3. in fin. Uti possi L. quatenus, de reg. iur. L. si commissa. D. rem ra. hab.* Id quod interest denique, utilitas est. Utilitas autem propria cuiusque,

que, quam quis persequitur, non communis. At enim quod interest, communiter æstimatur. *L. si servum, ad L. Aquil.* Quasi vero hæc eadem sint, æstimatio rei, & res quæ æstimatur. Quod interest, æstimatur, quanti est. *L. ait lex in fin. ad L. Aquil.* Quare ipsa æstimatio nostra de eo quod abest, dicatur sane, ut volunt, communis, quia tanti homines communiter æstimant: ipsum quod interest, illud est, quod interest mea: ipsum quod abest mihi, non quod communiter. Et pretia patrimonii defuncti, cæterarumque rerum privatarum communiter fungi Sex. Pedius dicebat. *d. L. pretia, ad L. Falcid. d. L. si servum meum, ad L. Aquil.* Veruntamen ipsum pretium commune sit sane: patrimonium utique privatum, itidem ut res cæteræ, non commune. Conventum vero *quod interest*, quod tandem intelligunt? Pœnam nimirum promissam, si quid factum non sit, aut contra quam cautum est, factum sit. *§. ult. Inst. de verb. obl. L. ult. de prat. stip.* Atqui pœna etiam tunc petitur, cum nihil interest. *L. stipulatio ista, §. alteri, de verb. obl.* Et ut pœna constituta aliquid stipulatoris intersit, non ideo tamen pœna exigitur, quia nostra interest, sed quia promissa est, remota omni quæstione, an intersit. *d. L. stipulatio ista, §. alteri.* Ideo pœna certa, quia certa quantitas & conditio stipulationis; eius quod interest, quantitas incerta esse dicitur. *§. ult. Inst. de verb. oblig.* At præstatur pœna pro eo quod interest. Non ideo pœna est id quod interest: cum, ut dixi, illa certa; hoc semper incertum sit. Quid, si hoc etiam falsum est, præstari pœnam pro eo, quod interest, cum pœna etiam tunc exigatur, cum nihil interest?

Sed video, quid dicturi sint huius divisionis defensores, de verbis scilicet laborare nos, rem omittere: fieri posse, ut minus apte singulare dicatur, quod ex affectione & utilitate singulari; commune illud, quod communiter æstimetur: veruntamen hanc in æstimatione eius, quod interest, esse varietatem, ut alias singularis æstimatio sit, alias communis, alias ex conventu, ex quo hæc genera esse, & intelligi volunt. Et quidem ego etsi hæc verba insolentia, & inaudita iuris auctoribus atque etiam a re aliena esse scio: tamen cum de re quærendum esse putent fecus, quam loquuntur, concedam illis libenter verbis suo arbitratu uti. Itaque de re dicam, de verbis molestus
2 non ero. Dico † eius, quod interest, unum esse genus, sive rem spectes, sive eius æstimationem. Re unum esse ex eo intellectum est, quod qui id, quod interest petit, non aliud petit, quam quod sua interest, quam quod abest sibi: nihil quod commune, aut promiscuum sit, cum hoc re vera non absit. Si æstimationem quærimus, & hæc una est, quam illi triplicem esse statuerunt. Quonam tandem modo? quia id quod interest, tanti ubique æstimatur (si modo æstimandum, & præstandum est) quanti re vera est, idest, quanti est communi hominum computatione & æstimatione, non privati alicuius iudicio, aut affectu. Communiter denique æstimatur, ut illi communem æstimationem intelligi volunt, non singulariter. Nam pœnam promissam iam dixi eius quod interest, æstimationem esse non posse: cum si quid æstimetur, esse quoque id oporteat: fiat autem sæpe, ut ibi pœna promittatur, ubi nihil abest, idest, ubi nihil interest. An vero hæc de eius, quod interest æstimatione, dubia sententia esse potest? Cum ex lege Aquilia de servo, qui occisus est, æstimando ageretur, sic Paulus de sententia veterum scripsit: *Si servum meum occidisti, non affectionem æstimandam esse puto: velut si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles: sed quanti omnibus valet*, & continenter. *Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.* L. si servum, ad L. *Aquil. L. pretia, ad L. Falcid.* At ex lege Aquilia actio in id constituta est, quanti ea res est, idest quanti interest servum occisum non esse, damnum datum non esse. *L. ait lex, ad L. Aquil.* Si hæc in damno iniuria dato damni, & eius quod interest, æstimatio est: non est, quod in aliis caussis aliter æstimari existimemus. Maleficia enim omnia odio digna omnium minime impunita esse conveniebat. *L. ita vulneratus, ad L. Aqui.* An vero Iustinianus id parum aperte significat, cum in lege sua ita constituit, ut quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur? Quod est, quod re vera inducitur damnum? an quod quis passus est, cum re vera ei quid abesset, cum consecutus non est, quod potuit: an cum ei nihil abesset, id etiam, quod ipse pro affectu suo tanti rem æstimat? Nempe quod re vera passus est, non quo pluris rem æstimat. Non enim ideo pluris est, quia pluris esse arbitratur. Neque vero aliam significationem habet, quod id quod interest, ita definimus, *quod nobis abest.*

Quod nobis abest, inquam, id persequimur, non quanti rem ex affectu æstimamus. Eodem pertinet, quod his verbis, quanti ea res est, quanti eam rem esse paret (quæ passim in legibus & edictis proponuntur) omnes Iurisconsulti, id quod interest actoris, contineri intelligunt; in quibus modo de privato actoris damno vindicando agitur. Nam, ut obiter hoc de his verbis explicem, incidit aliquando, cum edicto aut lege alia res vindicetur, quam privati damnum, aut iniuria: ut in ea parte edicti, qua Prætor adversus eos actionem pollicetur, qui ius dicenti non obtemperaverunt, eamque pœnalem constituit. *L. 1. D. si quis ius dici non obtem.* Quod quidem ad asserendam cuiusque magistratus auctoritatem adversus contemptum litigatoris factum esse apparet. Hic sane, si prætor, quanti ea res est, iudicium polliceatur, ut fecit: nemo dixerit, his verbis id quod interest agentis, significari. *d. L. 1. in fin. si quis ius dic.* quando privati actoris damnum non sit ea res, de qua iudicium constituitur; sed contemptus eius, cum quo agitur, qui hoc iudicio coercetur. Hæc autem verba, quanti ea res est, ad rem de qua agitur, referuntur: idque est quod ab Ulpiano de vi & significatione horum verborum definitum, ita legimus in *L. hæc verba, quanti, D.* de verb. sign. *Hæc verba, quanti eam rem esse paret, non ad id quod ad interest, sed ad rei æstimationem referuntur.* Hoc dicit, non utique ad id quod interest, idest, non ad id solum referuntur, sed generaliter ad rei æstimationem, de qua est sermo, sive id quod interest, & damnum privati, sive alia res agatur: ut si alia agitur, quam privati utilitas, hæc ipsa significetur, non alia, ut in eo edicto, quod supra dixi, ad quod superius illud scripsisse Ulpianum ex eo coniicere possumus, quod libro primo id edictum est interpretatus, ut apparet ex inscriptione, quæ est ad *L. 1. Si quis ius dicenti,* ex quo ipso libro illa definitio superior sumpta est, si modo verior est aliorum codicum quam Pandectar. Florentinarum lectio, quod mihi probabilius videtur. Nam quod in Floren. Pandectis inscriptio est ex *lib.* 38. eo mihi suspectum est: quod si conferantur ea capita, quæ *ex eod. lib.* 38. sunt, nullum edictum, nulla veterum interpretatio reperietur, ubi illa verba occurrant; quod in edicto, de iis qui ius dicenti non obtemperant, contra esse constat. Sed ut si alia res erit, quam privati iniuria, hæc continebitur: ita plane (quod supra dicebam) si de damno actoris vindicando agetur (ut agitur in omnibus, nisi quid aliud de consilio & ratione edicti constet: sunt enim omnia iudicia, ut Cicero scribit, ex cuiusque damno & iniuria expressa) his verbis, hoc significatur, hoc inquam Iureconsulti omnes acceperunt, quod actoris interest, ut liquet ex innumeris locis, in quibus *L. 1. §. hæc verba, ne vis fiat ei L. 3. in fin. Uti poss. L. ultim. De præ. stip. L. 2. §. ult. Qui satisf. cog.* iuncta *L. ult. Si quis in ius voca. non ierit.* Hoc autem quid est, nisi hoc valet, id quod interest, ita æstimari: ut in eo æstimando ratio habeatur, non quanti quis rem esse putet, aut quanti æstimet, sed quanti sit re vera, idest, ut Paulus loquitur, quanti omnibus valet?

Sed tamen loci proferuntur † quibus id 3
quod interest, & ex affectione spectatur. Quos ego consulto adscribam, non ut ita esse a nobis probetur (alioqui loci ipsi a nobis quod satis esset, indicari potuerunt) sed ut diiudicentur. Sunt autem hi fere quatuor. Hermogenianus *cap.* 35. De minor. *Si in emptionem penes se collocatum minor adiectione ab alio superetur, implorans in integrum restitutionem audietur, si eius interesse emptum ab eo rem fuisse approbetur: veluti quod maiorum eius fuisset.* Iabolenus *cap.* 36. D. de bon. liber. *Libertus, qui solvendo non erat, præterito patrono extraneos reliquit heredes, quæro an possit petere contra tabulas bonorum possessionem. Respondi, cum a scriptis heredibus adita est hereditas, patronus contra tabulas bonorum possessionem potest petere: quia solvendo hereditas est, quæ inveniat heredem. Et sane absurdum est ius patroni, in petenda bonorum possessione contra tabulas, aliorum computatione non iudicio patroni æstimari, auferrique patrono, quod modicum vindicaturus est. Multi enim casus intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quamvis æris alieni magnitudo, quam libertus reliquit, facultates patrimonii eius excedat, veluti si prædia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus maiorum patroni sepulcra sint, & magni æstimat patronus bonorum possessionis iura pro parte ea ad se pertinere, vel aliquod mancipium, quod non precio, sed affectu sit æstimandum.* Clarius Papinianus in *L. cum servus extero.* 54. mandat. *Cum servus,* inquit, *extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, & precium consequetur dominus,*

nus, ut venditor, & ex affectus ratione mandati agetur. Placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei iudiciis habendam. Idem cap. 7. De ser. expor. *Servus ea lege venit, ne in Italia esset: quod si factum esset, convenit citra stipulationem, ut pœnam præstaret emptor. Vix est, ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in pœnam, quam alii promisit, inciderit: Huic consequens est, ut hactenus agere possit, quatenus alii præstare cogetur: quicquid enim excedit, pœna est, non rei persecutio. Quod si ne pœnæ caussa exportaretur, convenit: etiam affectionis ratione recte agetur: Nec videntur hæc inter se contraria esse; cum beneficio affici hominem, intersit hominis: enim vero pœnæ non irrogatæ indignatio, solam duritiam continet*. Tot fere in caussis, & locis, affectus habendam esse rationem legimus. Sed quam ad id, quod quærimus, ista pertineant, videamus.

De eo quod interest præstando agitur. Si id æstimandum est, ut recte præstetur: hoc dicimus non ex affectu privati cuiusquam esse æstimandum, sed quanti quidque pro rei conditione, pro hominum usu atque utilitate omnibus valeat. Id enim interest cuiusque, quod re vera ita se habet, non quod cuiquam privatim ex affectu ita videatur. Superioribus autem exemplis quid efficitur? Nempe hoc in summa, fieri posse, ut propter affectionem cuiusque, sive quod rem ludicio suo, & affectu pluris æstimet, detur illi actio, quæ remota affectionis caussa futura non esset, quod non negamus: non item ut quanti ex affectu sua interesse putat, id illi præstetur: nisi forte sicubi in litem iuretur, quod actor non propter affectionem suam consequitur, sed propter adversarii contumaciam. Quod si id præstandum non est, ne æstimandum quidem est, de quo nunc quæritur. Ideo enim id quod interest, æstimatur, ut sit quantitas constituta, quæ postea præstetur. Ita fit, ut quod ex affectu cuiusquam privatim interest (si modo id interesse recte dicere possumus) ut nusquam exigitur, ita ne æstimetur quidem. At hoc, inquiunt, satis est, ut probetur esse, quod singulariter pro affectu nostro intersit, si huius rationem haberi aliquo modo ostenditur: quod concedimus. Neque enim si non sit, ratio eius haberi potest. Primum nihil hoc ad institutum pertinet, in quo de eo quod interest præstando, ut dixi, agitur: deinde nullo etiam modo hoc, quod volunt, ex illo efficitur. Affectus ratio interdum in his habetur, ut ea ratione actio detur, quæ alioqui futura non esset: non ideo datur ob id, quia nostra intersit; & ideo dari dicitur, quia intersit ex affectu. Vel hæc ipsa adiectio, ex affectu, sive propter affectum, indicat quod ita dicitur, dici modo, non etiam simpliciter, non re vera interesse. Hoc enim ex affectu valet ex computatione, & æstimatione, quam iudicio nostro & sensu nobis fingimus: sive ex eo, quod pro affectu nostro rem nobis abesse tanti æstimamus. Quod si quod ex affectu est, re vera interesset, non ex opinione: æstimaretur id quoque & præstaretur: quia absurdum sit esse in re, quod petitori propter rei frustrationem abesse constet, ut tamen hoc ei non præstetur. Id autem in his caussis quas posuimus, non præstatur.

Sed exempla ipsa breviter expendamus, quo melius id quod dico ex unoquoque separatim intelligatur. Ergo (ut ab iis, quæ postrema posui, primum ordiar) agit prior dominus affectus ratione ob servum exportatum, quem ipse hac lege vendiderat, ne exportaretur, ut est in *d. L. 7. de ser. exp.* Quid agit affectio? nempe, ut illi agere liceat de eo, de quo inutiliter esset acturus, nisi vel propter humanitatem & coniunctionem, quæ natura inter omnes homines constituta est, interesset hominis hominem beneficio afficere. Num ergo cum hoc nomine agetur, dominus in id aget, quanti servum exportatum non esse pro affectu æstimabit? Imo vero in hoc aget, ut Papinianus scribit, ut pœna præstetur, de qua convenit, quæ tum etiam recte exigitur, cum nostra nihil interest. *L. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.* Quod ni pœna adiecta esset, cum agenti domino nihil eo nomine abest, nihil est omnino, quod ei queat præstari: hoc enim hominem beneficio non affecisse, nullo proposito rei familiaris damno, quanti tandem æstimetur? Et cum servus extero se mandat emendum, in hoc ut manumittatur, isque emptus non manumittitur, affectus habendam esse rationem, ut in bonæ fidei iudicio idem Papinianus scribit, *d. L. cum servus, D. mandati*. Ad quid, videamus: ut ex affectus ratione venditor, idemque qui modo servi dominus fuerat, mandati agat: qua ratione videlicet detracta agere non posset. Nam ut ibidem Papinianus ait: *cum servus extero se mandat emendum, per se mandatum nullum est*. Cuius enim gratia hoc mandatum interponitur, nisi mandantis, ut eius emptionis emolumentum ad illum redeat?

quod quoniam nullum ad eum redire potest, propterea quod servi nullo modo iure civili agere possiot, quid aliud agitur, nisi ut per ipsum servum hoc emolumentum domino, cuius tum in potestate est, acquiratur? At hoc quoque domino inutile: quid enim attinet servum nomine domini emi, quem ipse dominus iam habet: eum ex mandato nihil aliud consecuturus sit, nisi ut eum mandato suo emptum mandati iudicio consequatur? Et sane si mandatum hoc simplex sit, idest si hoc tantum agatur, ut servus ematur, mandatum nullum sit, utpote servo, & domino servi iuxta inutile. Sed si emptio eo spectabit, ut servus emptus ab emptore manumittatur, iam ex affectione veteris domini interesse incipiet servum emi, propter spem & fidem manumissionis: si servus filius sit venditoris, aut pater, aut frater naturalis. Ob hanc causam & mandati venditor aget, non in hoc, ut emptore servum non manumittente, bic affectus aestimetur, & quidquam eo nomine praestetur, quod fieri non potest: sed ut servus venditori domino restituatur ab eo manumittendus: sin minus, tanti damnetur, quanti servus est, etsi forte minoris sit venditus. Nam neque ex constitutionibus liber esse potest, qui est venditus hac lege, ut manumitteretur: nec si esset, mandati agi posset ad eum manumittendum, qui ipso iure liber foret. *L. 1. C. Si man. ita fue. alie. ut manu.* Petit Patronus bonorum possessionem contra tabulas liberti in ea hereditate, quae non esse solvendo dicitur, & re vera non est; ille sibi expedire putat hereditatem obtinere ob res quasdam hereditarias, quae ad iudicium eius & affectionem probabilem pertinent. Petit minor emendi potestatem sibi restitui in ea re, in cuius adiectione superatus erat, cum nulla alia eius utilitas in ea emptione versaretur, quam quod res maiorum eius esset, erga quam singulari aliquo affectu duceretur. Utique ob eum affectum audiendum esse dicimus, *d. L. 36. De bonis lib. d. L. 35. de min.* An affectionis ideo ratio habenda, ut quanti aestimet actor his rebus non carere, in tantam pecuniam adversarius condemnetur? Minime, sed ut audiatur tantum de his rebus experiri volens, qui nisi probabilem causam affectionis afferret, removeretur, tamquam is, cuius plane nihil interesset. Quod si res non restituetur, iam id aestimabitur solum quanti res est, siquidem culpa non restituetur: quod si dolo non restituetur, aestimabitur etiam, quanti actor sua interesse in litem iuraverit. *L. 2. & L. In actionibus, D. de in litem iur.* sed neque hoc ob affectionem suam consequitur, ut ante dixi; neque adeo id quod interest, dicendum est, de quo quis iureiurando in litem delato iuraverit. Illic, quanti res est versatur: hic contumaciae poena etiam ultra rei pretium. Ulpianus in *L. 1. de in litem iur.* Rem in iudicium deductam, inquit, non idcireo pluris esse opinamur, quia crescere poterit ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed contumacia aestimatur ultra rei pretium. Paulus in *L. 2. eod. tit.* Interdum quod interest agentis, solum aestimatur: veluti cum culpa punitur non restituentis, vel non exhibentis. Cum vero dolus punitur aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. Ulp. in *L. non a iudice, 64. de iudic.* Non a iudice doli aestimatio ex eo, quod interest, fit: sed ex eo quod in litem iuratur. Ex quibus intelligitur, nihil haec exempla, neque ad divisionem ab illis introductam, neque ad id quod quaeritur, de eo quod interest aestimando, pertinere.

Quaeret fortasse aliquis, cur in his caussis potissimum affectionis nostrae ad agendum ratio habeatur. Si attendemus, reperiemus in his, non quia erga res, de quibus agitur, singulariter affecti sumus, ideo de his nobis actionem dari; (nam quae ista cum aliis agendi, eisque res suas auferendi, ubi nullum ius tuum fuerit, caussa esse potest?) sed partim rem nostram esse, de qua agitur ut in bonorum possessione, quae a patrono petitur, & in restitutione minoris, quae exempla primo loco posuimus: partim rem nobis iure debitam, cuius obligatio & petitio nobis conventione aut nostra, aut servi nostri quaesita sit: nostra, ut in obligatione poenae: servi, ut in obligatione mandati, de qua in servo, qui se emendum mandavit, diximus. Ex quo apparet non alias hic agendi caussas esse, quam quae iure aliis in rebus de persecutione rerum nostrarum sunt proditae. Sed ideo ex affectus ratione agi dicitur, quod nullae hae actiones, sive inutiles futurae essent, si plane agentis nihil interesset fieri praestarive id, de quo agitur. Ergo hae vel ob hoc solum retinentur, quod agentis secundum affectionem rem praestari interest. Nec iniuria, ut enim eleganter Iabolenus *d. L. 36. De bonis lib.* cum res nostra est, aut iuris nostri, etiam si nihil aliud afferatur; tamen absurdum sit eam arbitrio nostro

non

non committi, ut aliorum computatione potius, quam animo & indicio nostro æstimetur. Neque quisquam hic putet, cum minor in integrum restitutionem postulat, ut rem quæ maiorum suorum fuerit, recuperet, in cuius licitatione ab alio victus fuerat, neque rem ipsius ab eo peti, neque rem ei debitam. Hoc enim ipso res eius esse videtur, quod emptio pœnes eum illius rei collocata est: beneficio videlicet Prætoris. Namque si eam emisset, eius foret: nunc autem ita traditur, neminem re exclusum videri, quem prætor in integrum restituturum se pollicetur. *L. nemo, de rest. in integ.*

Quamobrem † summa sit hæc: quoniam 4 tot in caussis, quot initio ostendimus, in id quod interest actio & condemnatio est; id quod interest, sic accipi debere: quod actori ea de caussa abest, quodque si factum esset, aut non esset, lucrari potuit. Quoniam id quod abest, ipsum quidem præstari non possit; æstimationem quæri, ut quanti ea res est, de qua agitur, tanta pecunia præstetur. Rem ita æstimandam, non quanti quis æstimet, sed quanti sit, quantique omnibus valeat: ita eius quod intersit unum genus esse, unamque æstimationem. Neque vero de eo veterum quisquam unquam dubitationem movit, neque est etiam ullum in constitutione Iustiniani de ea re vestigium.

C A P. IV.

S U M M A R I U M.

1. *Quæ sint de eo, quod interest, veterum, & rei propriæ dubitationes, & de lege Iustiniani.*

QUæ sunt igitur dubitationes illæ, quas esse de eo quod interest, diximus, ut quid ad hæc Iustiniani constitutio attulerit, quidque in ea quærendum sit, videamus? Nam dubitationes antiquas, quæ in infinitum productæ erant, Iustinianus præcidere se profitetur. Animadvertendum est, quid agatur: Lex, ut sæpe iam dixi, id quod interest, sive quanti ea res est, æstimari, & tantam pecuniam dari iubet. Si quid sit in verbo eius quod interest, quidve eo contineatur, tenemus; simul id, ut quod in eo erit, totum præstandum sit: res confecta est. Id autem ipsum ex verbo *præstandum esse* intelligemus. Et quidem alterum, quid esset id quod interest, ante definivimus: alterum ex verbis legis expeditum esse videtur: ut cum lex absolute in id quod interest, actionem det, id quoque quantumcunque erit exigatur. Sed tamen de utroque hæc ambiguntur. Primum id quod interest, id esse quod actori abest, dicimus. Sane si quid amisit de suo, aut cum illi deferretur, consecutus non est, id in eo quod interest numeratur, de quo inter omnes convenit. Sed si quid lucri facere ipse potuit, neque fecit, etiamne hoc in eo numero habendum est, ut non minus damni quam lucri, quod non fecit, in hac re ratio habeatur? Non enim damni par ratio esse videtur, & adventitii lucri, *L. non debet, 42. §. 1. D. de reg. iur. L. ult. §. penult. C. de eod.* Iam ut consistat ex utroque id quod interest, sitque id, quod habere & lucrari potuit actor, si quod oportuit, factum esset: num quidquid id est, quod habere potuit, neque habet, sine exceptione æstimandum est? Quam multa enim non circa rem consistunt, quæ tamen si res præstita esset, habere actor potuisset? Postremo hoc constituto, quid in eo, quod interest numeremus: fieri tamen potest, ut hoc quod interest, rem quam ex obligatione præstari conveniebat, infinitis partibus excedat. Num ergo si id continget, quantumcunque id erit, quod interest, præstandum erit? Ita tres sunt in summa de eo, quod interest, ad sententiam legis accommodatæ dubitationes: ex quibus duæ priores, quid sit in eo, quod interest, expediunt: pertinent enim ad verbi definitionem: postrema est de modo. Hæ sunt quæstiones, quæ cognita verbi significatione in hanc speciem incurrant, præterea nullæ. Quod ita esse non dubitabit, qui animadverterit his explicatis exploratum fieri, quid, quantumque ex sententia legis præstandum sit in ratione eius, quod interest, de quo uno agebatur. Sed & has fuisse veterum de hoc genere dubitationes, quas Iustinianus initio constitutionis intelligat, ex reliqua constitutione non difficile possumus existimare: tot enim ille decidit, neque amplius. Veterum autem dubitationes, quantum consequi possit, decidere se profitetur: de his igitur dicendum est.

De

De his eum dixern, simul de sententia huius constitutionis, deque omni ratione & æstimatione eius quod interest, dixisse me putabo. Sed illam, quæ est de modo, etsi naturæ ordine, ut videtur, postremam, prius exsequar, quando & hæc a Iustiniano primo loco posita est, & propter obscuritatem pluribus verbis indigere videtur.

C A P. V.

S U M M A R I A.

1. *Id quod interest in casibus certis dupli quantitatem excedere non debet.*
2. Casus *quid significet.*
3. *Casus certos esse qui habent certam quantitatem obligatione comprehensam.*
4. *Item eos qui habent præter quantitatem aliam rem, cuius certa natura sit. & n. 6.*
5. *Duplum in eo quod interest, quid sit, & qua ratione diiudicandum.*

DE modo & quantitate eius quod interest, sic Iustinianus constituit: In
1 casibus † certis id quod interest dupli quantitatem ne excedat: in incertis tantum præstetur, quanti interest. Casus autem certos definit, qui certam habent quantitatem vel naturam. Nos videamus primum quid quantitatis, & naturæ verbo intelligat, ut in omni genere obligationum ac iudiciorum, quos certos casus esse velit, quos incertos, statuamus: deinde quod sit hoc duplum, quod dicit, & unde metiendum: tum quam huius iuris ac discrimi-
2 nis rationem habeat. Casus † res gestas, & facta incidentia intelligit, ex quibus obligatio oritur, agiturque in id, quod actoris interest. Certam habent quantita-
3 tem, qui † certam habent pecuniæ summam obligatione comprehensam: significat enim quantitas pecuniæ summam, ut *L. 2. §. ult Qui satisd. cog §. ult. Inst. de verb. oblig. L. stipulatio ista, §. alteri, D. verb. oblig. L. ult. De præ. stip.* Neque hanc obligatio certam habet, nisi cum obligatione ea certa comprehensa est, ut ex ipso genere obligationis quænam ea, & quanta sit, intelligatur. Quid naturam vocet, non perinde expeditum est. Et natura quidem rei proprie dicitur, quod eius rei proprium est: ut, cum dicit Pomponius, naturam servitutum hanc esse, non ut quid faciat quis, sed ut patiatur, aut non faciat aliquid in *L. quoties, §. 1. D. de servit.* hoc omnes dicî intelligunt, proprium servitutum hoc esse, & tale, in quo servitutis vis consistat. Et contractus certam naturam habere dicuntur, de quibus iure constitutum est, quid contineant, quibus in rebus versentur. Ut apud Iustinianum in *§. adeo, Institut. de locat.* certam dicitur naturam habere contractus emphyteuticus, quod Zeno sic expressit in *L. 1. C. de iure emph.* ut diceret eum contractum certam habere definitionem, idest, substantiam a cæteris distinctam. Sed nihil tale huic loco convenit. Neque enim ulli sunt contractus, de quibus ut agi potest, ita constitutum non sit, quid eorum proprium sit, quidque in actionem & persecutionem veniat. Isto modo nulli non essent casus certi, id est, nulli qui non haberent certam naturam, quod constitutioni Iustiniani adversatur.

Si quæ præcedunt, quæque sequuntur, & omnino quid agatur, propius considerare volemus: intelligemus Iustinianum naturæ verbo † significare voluisse præter 4
quantitatem rem omnem aliam obligatione comprehensam, cuius rei certa natura esset: ut proinde res esset æstimabilis, qua in obligationem deducta hoc dici posset tantum in obligationem aut ad summum, aut ut minimum venisse: in summa eum naturam certam pro re certæ naturæ posuisse. Quod cum per se obscurum sit, ratione eruendum est. Id vero ex his facile licebit existimare. Quid est enim quod eos casus esse certos dicit, qui certam habent quantitatem, nisi hoc declarat, metiri eum certitudinem casus & negotii, quo de agitur, ex certa quantitate, quæ in obligationem venit? Quod si ita est, an non est consentaneum, cum alia res, quam quantitas in obligationem deducta erit, ibi quoque certitudinem casus ex re ipsa nos metiri, ut certi sint & illi, in quibus alia res, cuius certa natura sit, versabitur?

Iam in casibus certis id quod interest, dupli quantitatem excedere vetat, ad duplum usque exigere permittit: hoc verbo † dupli, cui dubium est eos casus de- 5
signari, in quibus a principio simplum aliquod contineatur, distinctum ab eo, quod

post

postea intereffe cœpit, cum quo collatum id quod intereft, cum bis tantundem complexum fuerit, duplum dicatur? Etenim duplum ex ratione fimpli dicitur, nec ubi fimplum removeris, duplum intelligi poteft. Eft enim duplum quod eandem fummam bis in fe continet, five, quod eandem fummam altero tanto fuperat: ut nifi ante fummam aliquam per fe confiftentem dederis, non fit alia quæ hanc duplet, ideft, quæ eam quæ non eft, contineat, aut fuperet. Inde femper duplum pro ratione fimpli, aut maius, aut minus intelligitur. Duplum eius quod intereft, viginti erunt, fi in fimplo decem effe pofueris: erunt ducenta, fi centum in fimplo inerunt: duntaxat decem, fi fimpli quantitas ad quinque duntaxat fuerit: idemque de omnibus aliis fummis ex ratione fimpli eventurum eft. Non poteft autem fimplum intelligi, ubi in obligatione nihil eft, quod poffit æftimari: fcilicet ut cum id præftitum non fuerit, dici poffit duplum eius quantitatis, quæ pofita eft, effe præftandum. Neque porro ea conftitui poteft, nifi ubi res deducta erit in obligationem, cuius natura, ut dixi, certa fit, ut proinde hominum iudicio atque ufu certam recipiat æftimationem. Quare hoc maneat, per certam naturam rem certæ naturæ intelligere nos debere.

Quo conftituto quærendum eft, quas res hoc verbo complectamur. Et cum ex rebus, quæ in obligationem deducuntur, quantitatem exceperis, reftant fpecies, quæ dari debeant, & facta, arg. §. *ult. Inft. de verb. oblig.* Species omnes cum Accurfio & Bartolo certa natura conftare nobis videntur. Quod fane nemo dubitat, fi fpecies una aliqua defignata fit, quæ præftetur, ut ex ipfa conceptione obligationis, quæ, qualis, quantave fit, quæ promiffa est, intelligatur: hoc enim certum effe omnes intelligunt. *L. Certum, D. fi cert. pet. L. ftipulationum quædam, de verb. oblig.* Sed fieri potest, ut fpecies fub appellatione generis, aut fub disiunctione promittatur: ut, hominem dabis? Stichum aut Pamphilum dabis? quibus in generibus ftipulatio incertum continere dicitur, *L. ubi autem*, §. *qui illud, de verb. obligat.* eft enim in poteftate debitoris quid det: hoc autem quid det, incertum. Quapropter de his
6 ambigi poteft. Nobis quocunque modo † fpecies promiffa fit, res cuius natura certa fit, promiffa effe; & in qua obligatione ea res contineatur, ipfa obligatio certam habere naturam, ut nunc quidem naturam intelligimus, videtur. Multum enim intereft, rem certam promiffam dicas, an certæ naturæ, feu certa natura conftantem. Non eft certa promiffa, nifi de qua ex ipfa pronunciatione conftet, quæ promiffa fit. Res certæ naturæ promiffa eft, fi quæcunque præftabitur, talis eft, etiam fi nunc quænam ea futura fit, ignoretur. Huius quidem generis obligationes intelligi certam habere naturam, Iuftiniani fententiæ imprimis conveniens eft. Ut enim nunc nefciatur, quid fit, quod debitor præftaturus eft: tamen cum præftiterit, id & quid fit, & quanti ignorari non poterit: quæcunque ea res erit, hæc ipfa effe videbitur, quæ promiffa eft, arg. *L. cum incertus.* 13. *de legat.* 1. Id autem eft fimplum illud, quod quærimus, quod cum in aliquo genere obligationis repertum fuerit, ultra eius fimpli duplum, id quod intereft, vetat excurrere conftitutio. Ut diligentius confideranti, quærentique cur cum Iuftinianus quantitatem & rem intelligenter poffet fcribere, naturam dicere maluerit, quam rem: non aliud occurrat fortaffis, cur id fecerit, nifi quod hoc ipfum voluit intelligi, non eos tantum cafus effe certos, qui rem certam continerent, fed etiam, qui incertam, modo eam, quæ certa natura conftaret: quod in rebus & generaliter, & fub disiunctione promiffis contingit. Certi ergo cafus, quibus continetur, ut aut quantitas certa, aut res five certa, five incerta dari debeat. In his fi forte ufus veniet, ut præter rem, quæ obligatione continetur, id quod intereft, præftandum fit (veniet autem ufus, fi non fimpliciter, ut res daretur, convenerit; fed ut certo loco, ut certæ perfonæ; neque ita factum fit, quod a me initio indicatum eft) nimirum ex conftitutione ita eius ratio haberi debebit, ut duplum eius quantitatis, quæ in obligationem venit, non excedat.

Quod ad facta attinet, ea in rebus certæ naturæ ita recte numeremus, fi ut Petro & Bartolo recte vifum eft, ipfa conventione contrahentium definita fint ita, ut iis certa æftimatio diceretur, quod in venditionibus & locationibus accidit: quorum in altero genere id agitur, ut res vendita tradatur, in altero ut re conducta frui liceat: fed genere ipfo contractus alterum certo precio æftimatur alterum mercede conftituta. Unde & in venditionibus & in locationibus cafus certos effe nominatim dicit conftitutio. Cæterum facti æftimatione remota; facta omnia incerta, ideft, non ea natura, ut propofito aliquo genere facti, dici poffit, quanti

fit,

sit quod fieri oportuit, aut non oportuit. *L. ubi autem, §. qui id quod, de verb. oblig.* Sed & hoc & superiora omnia quasi fiunt, melius intelligetur, si per contrarium, qui casus incerti sint, explicatius dixerimus.

C A P. VI.

S U M M A R I A.

1. *Casus incertos esse in quibus eius quod interest, petitio itemque praestatio continetur.*
2. *In casibus incertis* id quod interest, *totum praestandum esse.*
3. *Quot & quae id genus caussae, in quibus id dumtaxat* quod interest, *sit in obligatione.*
4. *Non omnes contractus habere certam quantitatem aut naturam; adeoque nec in omnibus existere casus certos.*
5. *In maleficiis etiam id tantum quod interest, atque hoc totum in obligationem venire; & quae id genus maleficia.*

ET, si vera sunt, quae de significatione certae naturae supra definivimus, relinquitur eos casus incertos dicendos esse, in quibus aut incerta quantitas, aut ut quid fiat, obligatione contineatur. Hos incertos esse, qui incertam habent quantitatem, dubitari non oportet, si li certi recte definiuntur, qui certam quantitatem habent. Atque hi sunt casus, in quibus, de eo quod factum est, actio constituitur in id, quod interest: quantitas enim eius, quod interest, incerta; neque alia incerta esse potest, ut quidem designetur, nisi quae designatur sub appellatione eius, quod interest. Quorum autem obligatio in eo est, ut quid fiat, hi hac ipsa de caussa, quam modo dixi, incerti, quod in his incerta quantitas, idest, id quod interest, continetur: ut appareat casus & negotii incertitudinem, in omnibus hanc habere rationem, quia id, quod interest in obligatione versetur. Quod si ita est, commodius
1 ita † definietur fortassis, eos casus incertos esse, praeterea nullos, in quibus obligatio sit de eo, quod interest; in quibus eius quod interest, praestatio, petitiove contineatur: ut deinde quaeratur, qui sint huius generis. Hoc vero ut dictu brevius, ita ad explicandum probandumque facilius. Quid est enim id quod interest, nisi incertum: cuius aestimatio ex eo quod actori abest, quodque ei non accessit, pendet? Et fieri potest, ut in eodem facto alias plus illi absit, alias minus, interdum ut nihil. Sit servus meus occisus, aut interceptus: erit, quod praeter servi aestimationem intersit mea servum a me possideri: si forte heres sit institutus, quo meo iussu hereditatem adeat; aut quod de eo expediebat quaestionem haberi ad conscios detegendos in ea re, cuius ipse conscius esset. Fieri potest, ut nihil horum intervenerit; quamobrem etiam nihil intersit mea, nisi servum aestimari. *L. in interdict. 6. Unde vi.* Unde id quod interest, in facto consistere dicitur, in *L. quatenus, de reg. iur.* scilicet, quia cum res incerta sit, ex facti circumstantiis pendens: nulla certa definitione comprehendi possit. Inde illud consultum est, ut in obligationibus, quae in faciendo, aut non faciendo consistunt, certam summam stipulemur, si id factum non erit, quod debuit, aut contra quam cautum est, factum erit: scilicet ne quantitas stipulationis in incerto sit. *§. ultim. Inst. de verb. obl. L. ult. de praet. stip.*

Sed faciamus id probari non posse, eius quod interest incertam esse quantitatem, in quibus obligationibus id contineatur, eos casus incertos esse; tamen quae obligationes eiusmodi essent, in his id † quod 2
interest, totum esse praestandum, vel ex ea definitione, quae de casibus certis a Iustiniano posita est, intelligeremus. Quod nobis satis est: id enim nunc solum agitur, an totum praestandum sit: neque ob aliam caussam, an casus incertus sit, necne, quaeritur, nisi ut hoc constituto incertum esse: sic deinde id quod interest, totum esse praestandum colligatur. Quid est ergo, quod obstet, quominus quod interest, totum exigi possit? Si duplum excedet: dupli enim quantitatem excedere vetat Iustinianus. Quibus ergo in obligationibus id accidere potest? An non in iis duntaxat, in quibus alia res obligatione contineatur, quam id quod interest, ut sit, quod ab eo quod interest, duplo excedatur? neque enim profecto idem esse potest, quod excedit, & quod exceditur. Quare si id quod interest, initio debebitur, idque solum continebitur obligatione, quantumcunque id erit, recte exigetur:

tur: neque metuemus, ne cum id præstabitur, duplo, aut triplo, plus præstari intelligatur, quam in obligationem venerit: cum id solum præstetur, quod in obligationem venit. Quod si id ita non est: quæro, quod in hoc genere simplum sit, cum quo collatum id quod interest, dupli quantitatem excedere dicatur? Quod si aliud nihil est: id quod interest, supra duplum præstari non posse fateamur.

3 Huius autem generis † caussæ, in quibus unum id quod interest obligatione contineatur, sunt ex contractibus & quasi contractibus ii omnes, quorum obligatio in eo est, ut quid fiat, aut non fiat: ex eoque quod contra factum est, quam debuit, aut factum non est, quod debuit, agitur: cuiusmodi præter faciendi stipulationes has esse obligationes constat, mandati, tutelæ, negociorum gestorum. *d. L. si quis ab alio, §. ult. de re iud. d. L. si pœnam, L. Quoties quis, de verb. oblig. L. si procuratorem, §. mandati, D. mand. L. 1. D. de tutel. & rat. dist. L. 2. de neg. gest.* In interdicta omnia: ex maleficiis ea, ex quibus non certæ pœnæ persecutio, sed in id quanti ea res est, de qua agitur, actio constituta est, quod fit in lege Aquilia de damno iniuria dato. *in L. ait lex, D. ad L. Aquil.* in interdicto unde vi, illa rebus amissis, quæ in fundo fuerant, unde vi deiecti sumus: *L. 1. §. non solum, D. unde vi.* in furto, *d. L. qui vas, L. Inficiando, §. 1. de fur.* Quapropter & omnes hæ obligationes, caussæque incertæ quantitatis: huiusmodi certe, in quibus id omne quod interest ideo præstandum sit, quia quid detrahatur, nihil est.

Sed de contractibus refragari videbitur constitutio, in qua Iustinianus posita certorum casuum definitione, exempla adiiciens, ei definitioni contractus omnes subiicere videtur, his verbis: *Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus, & locationibus, & omnibus contractibus, hoc quod interest, dupli quantitatem minime excedere.* Ita dicit, *veluti in venditionibus*, quasi velit venditiones & locationes, omnesque contractus eos esse casus, qui certam habent quantitatem
4 vel naturam. Sed hoc non † sic accipiendum est; verum ita, ut in his exempla posita sint eorum negociorum, non quæ ipsa absolute & per omnia casus ii sint, qui certam naturam & quantitatem habeant; sed in quibus illi casus existant & intelligantur. In his enim generibus existunt quidem hi casus, sed non per omnia

talis est venditio, non per omnia tales contractus. Itaque est hoc, *veluti*, quasi ita scripsisset, quod habere (supple certam naturam) contingit in venditionibus & locationibus, & omnibus contractibus. Hoc quidem pro certo habendum est, non intelligere Iustinianum omnes contractus certam quantitatem habere vel naturam. Illud enim perpetuo meminisse oportebit, quod supra monui, metiri eum certitudinem casus non ex genere & caussa obligationis, sed ex re quæ in obligationem venit: cum eos dicat certos, qui certam habent quantitatem. Quod si ex genere obligationis id metiebatur, ita dicere debuit, in contractibus id quod interest dupli quantitatem ne excedat: in maleficiis, aut quæ alia genera caussarum nominare liberet, id totum præstetur, quod re vera abest: quod illum non fecisse, ac ne significasse quidem perspicuum est.

De maleficiis video a quibusdam dubitari, propterea quod in his res certa interdum videatur versari in obligatione, quæ præstanda sit, cuius certa sit natura, ac proinde æstimatio: ut in damno iniuria dato, si vas ruptum sit; in furto, si idem furto sublatum sit; in rapina, si idem ereptum. In quibus vasis damnum in obligationem venire putant: ideoque si quid nostra intersit, vas ruptum, aut surreptum non esse, id non ultra duplum præstari oportere. At ego † didici, cum quid ru- 5
ptum, aut surreptum est, non huius rei æstimationem deduci in obligationem; sed venire, quanti ea res est, idest, quanti interest damnum datum, aut quod aliud maleficium admissum non esse. *L. ait lex, D. ad L. Aquil. L. 1. §. non solum, D. Unde vi, L. qui vas, & L. inficiando. §. 1. De fur.* Quod si verum est, cum id quod interest, totum petatur: non duplum, aut triplum eius, quod in obligationem venit, petetur; sed simplum id, de quo obligatio & actio constituta est: Nisi vero supra duplum ablatæ rei aliquid exigi dixerimus, quod non ita est. Non enim in his rei ablatæ, sed damni dati ratio habetur: non de re præstanda actio constituitur, sed maleficium vindicatur. Id autem tanti, quantum damnum datum est. Atque hoc totum in his recte peti, quod interest, vel ultra ablatæ rei æstimationem, imo vero vel ultra quadruplum, aut quintuplum, si tanti interesset, argumento servi occisi non obscure confirmatur, de quo in *L. proinde si servum. 22. L. inde seq. D. ad L. Aquil.* sic Paulus & Ulpianus agi posse ex Lege Aquilia tradunt, ut in eo has utilitates æstimandas dicant: pœ-

nam, si forte eum sub pœna tradendum promisi; caussas corpori cohærentes, si unus ex Comœdis, aut simphoniacis fuerit; hereditatem, si fuit heres institutus: item quanti est, quod eum magnas fraudes servus in meis rationibus commisisset, de eo quæstionem habere non potuerim, ut fraudum participes eruerentur, quæ omnia infinitis partibus servi æstimationem excedunt. Ulpianus etiam in interdicto Unde vi, sic definit, omnia quæcunque habiturus, vel assecuturus erat is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui actori, aut eorum litem a iudice æstimari debere, *L. 1. §. non solum, D. Unde vi.* Hæc vero sententia quid æquius? contraria quid iniquius? ex qua id suscipere cogimur, ut & impune quis iniuriam patiatur, ubi totum quod sibi abest alieno maleficio, consequi non potest, & maleficia contra Reipublicæ utilitatem ne coerceantur? contra *L. Ita vulneratus, D. ad L. Aquil. L. Locat. §. quod illicite, De publican.*

CAP. VII.

SUMMARIA.

1. *Venditio & locatio ad casus pertinent qui habent certam quantitatem vel naturam, & quatenus.*
2. *Iidem contractus præter rem & pretium, & usum rei & mercedem, continent alias de dolo & de re ipsa præstationes, & eatenus id quod interest præstare debent.*
3. *Quare is qui vendit vas aliquod, integrum præstare debeat; non item qui hominem aut tignum vendit.*

SEd quoniam facta omnia incerta esse diximus, ex quibus id totum quod interest, præstandum sit: in quibus & contractus omnes generaliter posuimus, quorum obligatio in eo esset, ut aliquid fieret, aut non fieret; id ad aliquem modum temperandum esse videtur. Sic enim illæ conventiones, in quibus id agitur, ut quid fiat, incertum continere putandæ sunt, si hoc solum in obligatione erit, ut quid fiat, neque id factum genere obligationis, aut adiectione contrahentium æstimatum fuerit. Quod si ita quid fieri debebit, ut ex eo facto † res certa quæsita sit, quæ
1 præstari deberet; aut utilitas certa eius facti, quæ inde percipi posset; atque ita in utrunque certum precium, aut certa merces dicta sit: non dubitabimus, quin obligatio rem certam, sive quantitatem contineat, postquam res in obligationem deducta certam æstimationem a contrahentibus acceperit. Talis est emptio & venditio: in qua sic agitur, ut res tradatur, quæ empta est, idest, ut fiat; ut tamen præcipue res ea spectetur, quam emptor in se transferri, & sibi ex emptione acquiri velit; eoque in eam rem certum precium statuitur, nec sine eo emptio est. Talis locatio & conductio, in qua sic agitur, ut in rebus locatis dominus his nos frui sinat; in aliis, ut nobis operam præbeat: ut tamen & usui rei, & operæ præbitæ certa merces dicatur, qua id quod in obligationem venit, æstimetur. Eo in casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam Iustinianus primos hos numerat contractus, venditionem & locationem. Quam sententiam a Petro Bellapertricensi acceptam recte Bartolus probavit. Ac ne dubitetur emptionem certam rem continere, & talem esse, in qua ex constitutione Iustiniani, id quod interest, dupli quantitatem excedere non debeat: etiam veteres idem in hoc genere iuris esse statuerunt, si forte res esset evicta, ut constat ex *L. cum & forte, 44. de act. empt.* in locatione idem dicturi, si interrogarentur: quippe quæ iisdem legibus & regulis iuris contineatur. *L. 2. Locat.*

Quo de emptione & venditione, itemque locatione & conductione, qui contractus similes æstimationes facti acceperunt, recepto: magna quæstio esse cœpit de veterum sententia, quæ fuit circa eum, qui pecus morbosum, aut tignum, vel vas vitiosum vendidisset, quive hæc eadem posteriora locavisset. Scripsit enim Iulianus, ut Ulpianus refert, & probat in *L. Iulianus, D.* de action. empt. *qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit; siquidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione præstaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit, & emptorem decepit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, ei præstaturum.* Non ultra duplum fortassis, dixerit quispiam. Imo addit; *sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem: sive pecora contagione morbosi pecoris*

coris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit præstandum. At quantis tandem partibus ædium æstimatio tigni precium; centum oves, quæ contagione perierunt, unius pecoris venditi æstimationem superant? Idem de eo, qui vas vitiosum locasset, placuit, sive sciens vitiosum esse, sive ignorans locavisset, *L. sed addes*, §. 1. *D. loc.* Quod cum ita sit; alterutrum fatendum esse videtur, aut non esse venditionem eiusmodi, quæ certam naturam habeat, ut supra diximus: si quidem in ea id quod interest, ultra duplum rei venditæ præstandum sit: aut si est huiusmodi, minuendam esse istam veterum opinionem, de supra scriptis caussis, & ad Iustiniani moderationem revocandam: quia cum res contrariæ sint, plus uno verum esse non possit. Et erat quidem ad hæc expedienda dictu proclive, ut quis ubique emptionem rem certam continere diceret, qualem esse venditionem constitutio innuere videtur: verum ipsa constitutione emendatam esse illam Iuliani sententiam, postquam Iustinianum veterum hac de re altercationibus finem præscripsisse constaret, id quod nonnulli fecerunt. Sed quidvis admittendum potius, quam utilissima sententia de eo, qui sciens emptorem decepit, mutanda: cum neque sit iniquius quidquam, quam dolo venditoris patrocinari, ne cuius damni sciens prudens caussam dedit, id præstet: neque æquius, quam emptorem, non pœnam, sed quod sibi abest persequentem, id consequi. Neque vero constitutio repugnat: sed videndum est, quatenus emptionem certam habere naturam dicamus. Non enim si emptio casus est, qui certam naturam habet, ut est in constitutione Iustiniani, ideo in omnibus partibus, idest, in omnibus iis, quæ ex empto præstanda sunt, talis est. Ut certam naturam habere ideo intelligitur, quia res certa in eam deducitur, quæ præstanda sit, eademque certo precio æstimetur: sic hactenus talis esse iudicanda est, quatenus id agetur, ut ea res præstetur a venditore: scilicet quia si forte non præstabitur, intelligetur, quanti sit, quod præstari debuit: ut si in id quod interest, eo nomine agetur, duplum eius simpli, quod intellectum est, excedi non debeat.

Sed præter rem, quæ tradi debet, est, 2 & quod † de se, & quod de re venditor recipiat: quæ sunt eius generis, ut si ea non facit, nullo modo aliter æstimentur, quam pro eo, quod facta fuisse interest. Hæc quæ sint, videamus. De se hoc recipit, nihil se dolo malo in ea re factu-rum. Id indicio empti naturaliter continetur. *L. ea quæ in fi. D. de contrah. empt. L. tenetur*, §. *penul. & ult. de act. empt.* Hoc autem quanti tandem est, a venditore dolum abesse? Plane incertum, ut exemplo superiore tigni vitiosi venditi admonemur: in quo fieri potest, ut non multum supra æstimationem tigni nostra intersit, ut si non adiunxerimus ædibus, sed aut combusserimus, aut ad leviora onera adhibuerimus: fieri potest, ut in immensum intersit, eo quod in ædes preciosas contulerimus, quæ postea tigni vitio corruerunt. Totum igitur hoc quod evenerit, ut incertum præstandum. Rei quidem venditæ, quæ tradi debet, precium dicitur: & recte, quoniam potest: quanti autem sit, dolum adhibitum non esse, neque a principio statuitur, neque cum ex eventu adeo incerto pendeat, æstimari potest. Duo autem hæc inter se diversa, quæ venditor præstare debet, rem tradere, & dolum malum a se abesse. Ita unius æstimatio alterius æstimationem non continet. Ac dolum quidem præstare venditorem in eo, si sciens rem vitiosam vendiderit, quidam concedunt; in eo autem, quod sciens rem alienam vendiderit, si postea evicta sit: evictionis nomine ultra duplum non putant eum damnari oportere. Ego autem non video, quid referat, quomodo abs te deceptus in fraudem inciderim, utrum quod res vitiosa esset, neque me admonueris, ut caverem: an quod cum aliena esset, idque scires, me celaris: cum & hic propter reticentiam tuam factum sit, ut rem emerem, & in eam tamquam meam sumptus facerem: quam, si abs te essem monitus, aut non emissem, aut certe non temere, ut in re aliena, quid impendissem. At enim in evictione eo nomine agitur, quod res tradita non est, quam tradi certo precio æstimatum est. Imo duplici nomine hic agitur, & quod res tradita non est, & quod emptor dolo venditoris fraudatus est: nam alioqui etsi dolus non intervenisset, ob evictionem ageretur. Quod res tradi debuit, sit sane certo precio æstimatum. Dolum autem aut hic, aut alibi usquam a venditore abesse nulla re plane potuit æstimari. Demus tamen partem hanc emptionis qua de dolo suo venditor recipit, hunc a se abesse, absuturumque esse, casum esse certum; non ideo magis hunc casum ad definitionem Iustiniani, quæ est de casibus certis, pertinere existimem. Iam primum omnem dolum publice expedit vindicari: sed tum maxime, cum iudicium bonæ fidei est, & id

& id agitur, ut emptori suum restituatur, quod illi propter dolum venditoris abest. Quod autem ad constitutionem Iustiniani attinet, ita statuo: non in hac solum, quæ ad moderandam minuendamque rei condemnationem facta est, sed in omnibus legibus omnino, quæ ad aliquem sublevandum pertinent, perpetuo hanc exceptionem ex mente & sententia legis inesse: præterquam si qua in re dolo tuo, ego, quem lex adiutum esse voluit, deceptus, fraudatusque sim: hoc enim quanvis non caveatur, exploratum esse debere, deceptis, non decipientibus iura opitulari. Cum in Senatusconsulto Velleiano generaliter ita scriptum esset, ne mulieres pro aliis reæ fierent, & si fierent, Senatus auxilium citra exceptionem polliceretur: hac tamen exceptione ab omnibus tum Iuris prudentibus, tum Principibus acceptum est: si modo illæ callide non essent versatæ. De quo hæc Ulpiani verba sunt in *L. 2. §. verba, ad Senatusc. Vell.* quippe *deceptis, non decipientibus iura opitulantur*. Et est egregium Severi rescriptum. Ταῖς ἀσθενείαις γυναικῶν [illegible] βοηθεῖ. *Infirmitas enim fœminarum, non calliditas auxilium meruit*. Quod cum incertæ quantitatis rem esse ostenderimus, si quis dolum a se abesse promittat: cur amplius dubitemus, quin ex mente & verbis Iustiniani, quanti interest dolum in omni re adhibitum non fuisse, præstari debeat, vel ultra duplum rei eius, quæ vendita est? Quamquam & hoc ipsum de evictione testari videtur Paulus, si quis sciens alienam rem vendiderit, quantamcumque in summam emptoris intersit rem evictam non esse, venditorem omnino teneri. Nam cum in *L. Titius, circa finem, de actio. empt.* scriptum esset, præstari emptori quod interest eius, rem non evinci, modo ne in magnam quantitatem venditor obligetur, & additum esset in fragmento sequenti, id est, ne ultra duplum teneatur: paulo post in capite rursus sequenti, cuius initium est, *Idque*, in quo reliqua attexitur Pauli disputatio, ita ad extremum definit: *In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnino teneri debet*. Cum & *in omnibus his casibus*, & *omnino* dicat: neque ullum casum de iis, de quibus egerat, excipit, neque ullam quantitatem.

Hoc de se venditor. De re ipsa recipit, quod de re affirmavit: hoc enim recipit ita fore, ut affirmavit. Aut igitur hoc ita præstabit, ut dixit: aut si non facit, non aliter lis adversus eum æstimari potest, quam ut quæratur, quanti emptoris interest fuisse in re, quod dictum est: huic rei neque alia æstimatio constituta ab initio est, neque constitui, ut maxime vellemus, potuit. Quod si ita est; consequens est superioribus, ut totum quod interesset, præstari debeat. Recte ergo Ulpianus in *L. Iulianus, de actio. empt.* hæc duo inter se comparat in eo, quod interest æstimando, & quod servum furem sciens quis vendidit, & quod furem cum ignoraret, asseveravit bonæ frugi, & fidum, ut caro venderet. Et sane parum hoc a dolo differt, si quis quod nescit, temere affirmet: quod eodem loco significat Ulpianus, subiicit enim: *atqui ignoravit: sed non debuit facile, quæ ignorabat, asseverare*. Inter hunc igitur, & eum, qui scit, interest: quoniam qui scit, præmonere debuit furem esse: hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. Quæ omnia de eo qui scit vitium rei, & qui id in re non esse asseveravit, ita a nobis ex Iuliano & Ulpiano dicta sunt, ut iidem cum illis ipsis negemus hæc eum præstare debere, qui ignoravit, nec quicquam affirmavit. *d. L. Iulianus*.

Quid ergo de eo dicturi sumus, qui † vas sive dolium vitiosum vendidit, aut locavit? Nam hunc quidem placuit, emptori conductorive præstare debere, quod eius interest, si vinum, aut aliud liquamen preciosum, infusum effluxerit: quanvis ille & vitium vasis ignorarit, & de integritate eius nihil prædixerit. *L. tenetur, §. sed si vas, D. de act. empt. L. sed addes, §. 1. D. locati.* Quis autem nescit, vini generosi, aut unguenti preciosi æstimatio quot modis vilis forte vasis æstimationem superet? Itaque non tam jam in eo laboratur, ut explicetur, cur hic quanti interest præstandum sit, de quo nunc agitur: quam quomodo priores illas species tigni, cæterarumque rerum vitiosarum cum vasis vitiosi emptione conciliemus: cum in illis id quod interest præstandum esse negetur ab eo, qui vitium ignoravit. In quo dici non potest, quantopere ab omnibus sudatum sit, dum illud explicare conantur, quid vasis vitiosi emptio ab emptione vitiosi tigni differat: quod quam recte illi expediant, licet ex ipsorum scriptis cognoscere. Sed quæ res facit in vase vitioso, ut id quod interest præstandum sit; eadem intellecta & harum caussarum conciliationem afferet, & cur totum id quod interest præstandum sit, docebit: simul quam in hac specie omnia superioribus sint consentanea, declarabit. Quæ igitur caussa est, cur ab eo qui vas vi-

vitiosum vendidit, id quod interest præstetur? Quia non solum in id obligatur ex emptione, ut vas sic tradat, ut habere emptori liceat, sed etiam ut præstet integrum & nec vitiosum. Vide *L. tenetur*, *§. sed si vas*, *D. de act. empt.* Cur potius, quam qui tignum vendit, aut res cæteras? Quia recipit ita esse; vas tale esse affirmat. Qui tandem? cum de eo quæstio proponatur, qui de vase nihil plus affirmarit, quam de tigno? Vis ipsa verbi hoc facit. Qui vas se vendere dicit, hoc dicit, idoneum se, idest, nec vitiosum vendere; quoniam vas pertusum vas non sit: est enim vas instrumentum ad aliquid capiendum idoneum. *L. cum aurum*, *§. argento. D. de auro & argen. L.* Non est autem idoneum ad capiendum, quod immissum continere non potest: ne vas quidem igitur. Quod si verum est: non modo hac re non præstita erit emptori eo nomine actio in id quod interest, cum id receptum sit, quod in faciendo erat: sed etiam ad eam regulam, quam de receptis posuimus, hoc pertinebit, ut quanticunque interesset emptoris vas integrum traditum fuisse, cum id solum in obligatione fuerit, tanti lis æstimetur. Nihil tale in homine aut tigno, & cæteris rebus recipitur ab ignorante, & eo qui nihil nominatim affirmavit: quæ res facit, ut his vitiosis traditis, non modo in omne id quod emptoris interest, venditor non teneatur, sed ne in id quod interest quidem. Etenim homo vitiosus, nihilominus homo; & tignum vitiosum, nihilominus tignum est. Neque enim tigno ad ædes fulciendas contignandasve tantum utimur, sed & ad alias res. Et ut ad ædes eo quamvis vitioso utamur, non statim inutile est: non potest totius domus onera ferre, non potest gravia? At feret aliqua, certe quidem leviora. Quid si etiam in imo locetur tignum? sive integrum sit, sive vitiosum, quidquid superstruxeris, consistet: cum terra a fundamentis sustineatur, ne fatiscat. Ex quibus intelligitur, quos in omni genere obligationum casus certos, quos incertos accipere debeamus: quorum in his quod interest, totum præstetur; in illis non ultra duplum Iustiniani constitutione.

CAP. VIII.

SUMMARIUM.

1. *Dupli ratio in hac constitutione quæ sit ineunda.*

UBI totum præstandum est, de modo eius nulla quæstio. Ubi non supra dupli quantitatem, circa dupli rationem hæc quæruntur, quid dupletur, tum an in duplo simplum insit, necne. Duplum, quod iam supra diximus, intelligimus simpli duplum. Simplum id, quod in obligationem deductum est, cuius æstimatio certa sit, aut natura, aut conventione contrahentium definita: ut si, quia id non præstatur, in id agatur, quod interest, idque longe egrediatur precium rei, tum id ultra precium rei non exigatur. Quid ergo si rei precium certum dictum sit, ut in venditione, res autem quæ distracta est, pluris, aut minoris valeat, ut non idem sit quod dictum est, & quanti res valet? Utrius potius rationem habebimus in statuendo duplo? Nam pro ratione eius quantitatis quæ duplatur, si quidem varia est, maius aut minus sit duplum, necesse est. Puto precii eius, quod dictum est, habendam rationem, ut ne ultra duplum eius precii in id quod interest, venditor damnetur, utcunque res pluris sit, aut minoris. Ita fiet scilicet recte, ut in re quæ ex consensu valet, non tam quid sit in re, quam, quid contrahentibus placuerit, consideretur. Sic duplam ex caussa evictionis cum præstandam esse dicimus, duplam æstimationem non ad id quod res valet, sed ad precium quo res distracta est, referri constat ex *L. si fundo*, *de evict.* Id ipsum & ex eo colligitur, quod cum in *L. Titius*, *circa fin. D. de act. empt.* Scriptum esset, re evicta præstandum esse id omne quod interest, dummodo ne id supra modum precium excessisse proponatur: in fragmento sequenti subiectum est, quod ad horum verborum explicationem pertineat, non ultra duplum periculum subire venditorem oportere: quo loco hoc, *ultra*, aliter accipere non possumus, quam ultra precium rei, de quo nimirum quærebatur, quatenus id excedi posset. An in duplo simplum insit, an vero eo quod interesse cœpit, bis precium rei, sive quantitatem obligationis excedente, id ipsum præstetur, & nihilominus rei precium; quæstio est, non ad hanc tantum, sed ad omnes leges pertinens: in quibus actio, condemnatiove in duplum, aut tri-

triplum, aut quadruplum statuitur. In qua ita definiendum videtur, semper in duplo triplove simplum id quod duplatur, contineri: nisi si clare ut dupli, ita separatim & simpli eius, quod obligationi caussam dedit, actiones constitutæ sint, quod fit in furto. Id Iustinianus aperte probat in *§. ult. Instit. de oblig. quæ ex delic.*

CAP. IX.

SUMMARIA.

1. *Quæ ratio Iustiniano fuit modum statuendi in casibus certis eius quod interest.*

2. *Quid novi hactenus statuit de modo eius quod interest Iustinianus, quod fuerit veteribus ignotum.*

QUam rationem huius iuris constituendi habuerit Iustinianus, videndum est; non abs re; cum potius contra illud existimari potuerit, quod mihi abest facto tuo, id mihi abs te dependi æquum esse, meque abs te indemnem reddi: aut si quibus in casibus id æquum non est, consentaneum eandem æquitatem in omni-
1 bus servari. Et quod ille † eius quod interest, statuit modum, hanc habuit caussam, ne pœna iusto plus culpam excedat: cum ne illæ quidem pœnæ, quæ conventione constant, & promittuntur hac conditione, si factum non sit, quod fieri oportuit, aliter quam cum competenti moderamine proferri debeant. Id enim voluit illis verbis constitutionis; *cum sciamus*, & quæ sequuntur. Sed hoc moderamen quod fit, & num has pœnas intelligat, quas dixi, mihi constitutum est ad extremum dicere. Nunc de ratione Iustiniani loquor: quæ si eo pertinet, quod dixi, ut mihi nunc concedi volo, recte colligit. Nam si id totum, de quo convenit, non semper præstari æquum est, quanto minus conveniet id præstari, de quo nihil placuit, ac ne cogitatum quidem est? Est enim genus pœnæ, ne erretur, si quis quod creditor consequi potuit, præstare cogitur, ubi ex eo ad ipsum, cum quo agitur, nihil pervenit. Quod si quis pœnæ modus esse debuit: iam hic iustus esse visus est, si præter id quod ex obligatione præstari debuit, ideo quia præstitum non est, altero tanto amplius a reo inferatur. At enim quod creditori abest, id illi dependi æquum est. Si de patrimonio eius quid abiit, sane æquissimum, cum suum repetat. Sed si in eo quod interest, id etiam persequitur, quod sibi abest, ubi consequi tantum potuit, non debet sic huius ratio haberi, ut graviore pœna a reo id exigatur. Non enim eandem placuit rationem esse repetitionis, & adventitii lucri. *L. non debet*, 41. *§. 1. de reg. iur.* abundeque creditori esse debet, quod non modo in damno non moretur, sed etiam eius quod extrinsecus obtingere potuit, partem optimam consequatur.

Quid tamen quod veteribus de modo eius quod interest, idem placuit, ut idem † a Iustiniano caveri supervacuum: certe 2
non in eius constitutione novum quod ille existimari vult, fuisse videatur? Paulus evicto homine vendito, in actionem ex empto venire ait, non precium tantum, sed etiam quod interest emptoris servum non evinci; ita tamen, ut si in tantum precium excessisse proponatur, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, iniquum sit eum in magnam quantitatem obligari: *veluti si ponas*, inquit, *agitatorem postea factum, vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo precio venit.* hæc in *L. Titius*. 43. *in fin. D. de act. empt.* Deinde modus ex Africano statuitur in fragmento quod sequitur, his verbis: *cum forte idem mediocrium facultatum sit, non ultra duplum periculum subire eum oportet.* Sed neque in omni caussa admittit Paulus, ut omne quod interest non præstetur: neque Africanus in proposita specie aliter, quam si venditor, qui ob evictionem convenitur, mediocrium forte sit facultatum. Iustinianus sine caussarum exceptione de genere toto eius quod interest, statuit. Quod autem ille in iis casibus qui certam quantitatem habent, vel naturam, hunc modum præfinivit, in aliis non item: rerum ipsarum conditio in caussa est, quæ idem constitui non patitur. In casibus enim certis duplum intelligi potuit: cum in obligationem veniret a principio, quod duplari posset. In incertis aut nihil, aut totum quod interest, præstari necesse est: cum nihil aliud in obligationem venerit, neque fieri possit, ut cum id exsolutum erit, ultra duplum alterius rei, quæ in obligatione nulla est, exsolutum videatur.

CAP. X.

C A P. X.

S U M M A R I A.

1. *Quemadmodum damni, sic lucri habenda ratio est in eo quod interest.*
2. *Quidam veterum loci, qui videntur in speciem contrarii, explicantur* & seq.
3. *Lucri scilicet habenda ratio quod quis iure suo facere potuit, non eius quod fit cum alterius iniuria.*

Dixi de modo eius quod interest, quod ad intelligendam Iustiniani de ea re constitutionem satis esse videbatur. Deinceps illa videbimus, quae duo reliqua de re quaeri dixi. In quibus prius illud erat,
1 utrum in eo † quod interest reputando, quemadmodum si quid de nostro deminutum est, damni: ita si quid lucrari potuimus, neque fecimus, eius lucri ratio habenda sit: etsi id quod interest nostra quid fieri, id quod utile est recte interpretamur: ac fieri aliquid duabus hisce de caussis utile est, tum uti de nostro nihil decedat, tum uti eo facto aliquid consequamur: constitutum hoc esse debet, utriusque rei in eo quod interest, pariter habendam esse rationem. Recte igitur haec sententia a Iustiniano comprobata est hac constitutione: quam eandem veteribus placuisse dicit. Quod ipsum ex innumeris locis Pandectarum sciri potest; quorum in aliis haec eadem sententia expressa est: ut in *L.* 2. *in fin. D. de eo quod cer. loc. L. si fundus, D. loc. L. si commissa, D. rem rat. hab.* in aliis exempla suppeditantur earum rerum, quas consequi & lucrari potuimus: quae omnes praestari debere dicuntur, ut *L. proinde si servum. L. Inde Neratius, D. ad leg. Aquil L. in hanc, D. de dam. inf. L. si procurator ratum, D. rem. rat. hab.* Et hinc scilicet id quod interest, initio definivimus.

Res iam supra confecta esse poterat,
2 nisi nos loci † quidam in Pandectis impedirent, in quibus aperte lucrum removeretur ab eo quod interest. Ex quibus duo hi plane refragari videntur. Paulus *Cap.* 26. *D.* de dam. inf. *Proculus ait: cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino: non tamen teneri eum ea stipulatione: veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia, eaque iure tuo altius tollas: aut si in vicino agro tuo, cuniculo vel fossa aquam meam avoces. Quamvis enim & hic aquam mihi abducas, & illic luminibus officias: tamen ex stipulatione actio mihi adversus te, qui damni infecti mihi caveris, non competet: scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur: multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur: mihi videtur vera esse Proculi sententia.* Haec Paulus de ratione damni & lucri, & quidem in damni infecti stipulatione, in quam quanti ea res est, venire constat, idest, id quod interest *L. in hanc, D. de dam. inf.* Iabolenus in *L. si is cui,* 72. *§. ult. D.* de fur. *Eius rei,* inquit, *quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit: quia furti agere potest, cuius interest rem non surripi. Interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius qui lucrum facturus est.* Est & tertius Pauli locus in *L. si sterilis,* 21. *§. cum per venditorem, D. de act. empt.* in quo ille lucrum aestimandum esse negat. *Cum per venditorem,* inquit, *steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit, neque enim si potuit ex vino puta negotiari, & lucrum facere, id aestimandum est.* Sed ut intelligatur hoc loco Paulum non ideo lucrum excludere, quia putet damni tantum, non lucri habendam rationem; non solum id lucrum removet quod circa rem non consistit, sed etiam damnum, quod sit eiusmodi. Addit enim *non magis id lucrum aestimandum esse, quam si emptor triticum emerit, & ob eam rem quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit. Nam precium tritici, non servorum fame necatorum eum consequi:* quod cur de damno huius generis dicat, paulo post videbimus: nunc hoc agitur, itne in eo quod interest ita damnum aestimandum, ut lucri, quia lucrum fit, ratio non habeatur, quod prioribus tantum duobus responsis effici videtur. Damnum enim admisisse illos, lucrum simpliciter excepisse constat. Et quo magis Iustiniani constitutioni

tioni adversari intelligantur, non in una aliqua re id exceptum est; sed generales sunt eorum locorum definitiones: multum interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro quod faciebat, prohibeatur: item interesse eius qui damnum passurus est, non qui lucrum facturus est. Ergo, dixerit aliquis, quia Iustiniani constitutioni contraria responsa sunt, ea abrogata esse sciamus, neque amplius laboremus. Et quidem hoc restabat, si eorum locorum auctores ab aliis Iurisconsultis dissensisse, voluisseque in universum non eandem esse rationem lucri, & damni constaret, sic ut contrariæ verarum de hac re sententiæ fuisse proponerentur. Sed si veteres in ea re unum idemque senserunt, ut qui id quod interest, ex lucro quod facere potuimus, æstimant, tamen iidem superiora responsa probent: ipsa constitutio repugnat, quo minus ea abrogata esse existimemus. Tantum enim abest, ut veterum sententiæ, si modo hæc una fuit, quidquam contrarium inducere voluerit Iustinianus, ut hanc ipsam secutum se esse ostendat; qui ideo dicat se id quod interest, ex lucro & damno amplexum esse, quia veteres idem statuerint. Quod ut non fecisset: tamen si quid recte in hoc genere & consentanee veteres statuissent, id ipsum & post constitutionem eius manere oporteret, quod neque illum immutasse probaretur, neque caussam fuisse, cur immutaret. At ut appareat, qui ex veteribus hoc, quod Iustinianus dicit, censuerunt, eosdem illa quæ retulimus probavisse, itaque unum sensisse: Paulus est, qui illam Proculi sententiam refert, & sibi veram videri dicit: cuius ipsius illa sententia & definitio est, quam supra posuimus: id quod interest esse quod mihi abest, quodque lucrari potui. *d. L. si commissa, rem. rat. hab.* Adde, quod confirmat Iustinianus veteres id quod interest, isto modo statuisse. Quod declarat omnium unam hanc fuisse sententiam: alioqui re in diversas sententias distracta, non minus vere diceretur, veteres id quod interest ex lucro non statuisse, quam statuisse.

Relinquitur igitur, ut quærendum sit, quid hac de re veteres senserint, quod Iustinianus secutus cum sit, nunc quoque retinere debeamus: unde hæc difficultas, quam dixi, nascitur. At enim ut superiora responsa scripta sunt, quis consensus, dicat aliquis, inter illos videri potest? Summus. Recte enim sentiunt, si modo etiam id quod sentiunt, satis explicarent, qui † monent, veteres id quod

a interest ex damno & lucro statuisse, sed lucrum cum dicunt, iniustum excepisse: id vero superioribus responsis indicari, ut animadversis caussis quæ proponuntur, earumque ratione intelligi poterit. Qui tandem? quia in altero proponitur is, qui queratur vicinum facere quid in suo, quo facto adimatur agenti ea commoditas, quam ex illius vicini patientia & beneficio antea percipiebat: in altero is, qui rem alienam, quam in hereditate reperit, pro hereditaria, idest, sua possidebat, ut hoc pacto prosit ei possessio ad usucapionem, & ea sublata, ideo hanc sibi abesse queratur, quod eam usucapere, & ita lucrifacere potuerit. Quorum in utroque lucrum ex re aliena captatur invito domino. Hoc vero eiusmodi lucrum est, & quod antea nullo iure feceris, & quod nunc eum facere postules, iniustum ideo sit, neque probabile, quia aut invito domino quæratur, quem ius gentium moderatorem esse vult & arbitrum rei suæ, *L. in re mandata, C. mand.* aut cum iniuria domini sit coniunctum. Ex quo intelligi debet, quod modo dixi, sic lucrum veteres esse interpretatos, ut iustum quod esset, idest tale, quod quis iure suo facere, quod parare sibi ex re sua aut aliena liberalitate potuerit, id reputandum esse vellent. Si quod autem nullo iure facere potueris, aut debueris, id non putarent esse æstimandum. Quod profecto eiusmodi est, ut quanvis Iustinianus de veterum sententia nihil locutus præcise lucrum æstimari iussisset, in eius tamen constitutione esset intelligendum: scilicet quia lucrum lex nominet: non habeatur autem lucrum, quod iure facturus non fueris. Sic ea, quæ contra ius fiunt, nec fieri potuisse: *L. filius, de condit. inst.* sic non iusti metus, non iusti erroris nullam esse æstimationem ducere solemus. *L. 6. quod met. cau. L. vani, de re. iur. L. regula ver. quod si ideo, D. de iur. & fact. ign.*

Sed hæc forrassis recte & citra controversiam potuisse dici videntur, siquidem exemplis iniusti lucri allatis, qualia in superioribus responsis proponuntur, id ipsum, uti proponebatur, in his æstimandum esse Proculus, aut Iabolenus negavissent. Sic enim intelligeremus eos, cum de certo genere responderent, de cæteris, quæ in eadem ratione non essent, non idem iudicasse: at hoc contra ab illis factum est. Non enim in iis speciebus quæ allatæ erant, constiterunt, sed ab iis discedentes, definitione generis usi sunt, ut in his ideo negarent lucri habendam rationem, quia ita definirent, non eandem caussam esse

eius,

eius, qui damnum passus sit, & qui lucrum non fecerit: huius etiam non interesse videri, qui lucrum facturus fuerit: quæ definitiones ad omnes species lucri pertinere videntur. Imo definitiones ad species propositas accommodatæ sunt, nec de alio lucro, quam initio, quale proponi illic diximus, accipi possunt: quod an ita sit, consideremus. *Non debet*, inquit Proculus, *videri damnum facere is, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur*. Cum de stipulatione damni infecti agat, & illud quærat, an ex opere vicini damnum vicino datum sit: sententia cogit, ut illic & damnum intelligamus, quod a vicino prædio opere facto inferatur, & lucrum quod ex eo loco fiat: ut sit sensus, non debet videri damnum a vicino prædio facere is, qui eo veluti lucro, quo adhuc ab illo utebatur, prohibetur. Sed ne sententiam scribentis spectemus, quæ ex re proposita manifesta est, verba urgeamus. Ait Proculus, *qui lucro prohibetur, quo adhuc utebatur*. Si verba sequi volumus, is lucro uti dicendus est, cuius id proprium lucrum non est, sed in eo nihil amplius est, quam usus: quod ita sit, si aliena patientia & liberalitate eo utamur: quod enim lucrum nostro iure invitis aliis facere possumus, id vere nostrum possumus appellare: unde & hoc non absolute lucrum, sed quasi lucrum Proculus nominat. Ait ergo non debere videri damnum facere, qui hoc veluti lucro prohibeatur. Recte: is enim damnum facit, cui aliquid de patrimonio deminuitur, sive id iam habuit, sive certo habere potuit, *L. 3. de dam. inf.* In alieno autem beneficio nihil amplius nostrum est, quam quod dominus nostrum esse voluit, & quandiu voluit: voluntate revocata nobis non datur quidem quidquam, sed nihil adimitur: tandiuque æquum est nos alterius liberalitate uti, quandiu ille patiatur. *L. 2. de. precar.* Labolenus ita definit, interesse eius videri, qui damnum passurus sit, non eius qui lucrum facturus sit. Videndum est, ubi hoc dicat: nempe enim de furti actione loquens, antea posuerat actionem furti competere ei, cuius interest rem non surripi: hoc interpretatur, cuius intersit rem non surripi: hoc enim quærebatur: & ideo quanvis ita simpliciter subiiciat, interesse autem eius videtur, tamen id sic accipiendum est, quasi adiecisset: interesse autem eius videtur rem non surripi, qui damnum passurus sit, non eius qui lucrum facturus sit. Unde observandum est eum non definire, quid sit hoc, interesse: sed cuius intersit, quod in quæstione positum erat. Hoc vero recte, & prioribus convenienter, in actione furti interesse eius, qui damnum facturus sit, non qui lucrum: quoniam in hoc genere, aut damnum tantum agentis futurum est, aut si quis lucrum in re surrepta facere vult, non potest id, nisi iniustum lucrum videri. Etenim si res surrepta nostra est, hoc quidem aperte damnum est, ubi res nostra de patrimonio aufertur: si aliena, cuius custodiam præstare debeamus, & hic quoque damnum nobis paratum est, si hac non recepta damnum luere domino cogimur. Quod si ea non recepta nihil aliud eo nomine nobis absuturum est, cur nostra interesse dicamus eam recipi, non alia caussa a nobis reddi potest, quam quod possidendo eam quærere potuimus, & hoc possessionis lucrum facere. At hoc, ut supra ostendi, ex re aliena non honeste obtenditur. Ita fit, ut hac quoque definitione quanvis generali, tamen quia ad actionem furti tantum pertineat, nihil nisi iniustum lucrum ab eo quod interest, excludatur. Sit ergo constitutum, quod proposuimus: id quod interest, non ex damno solum, quod quis passus sit, dum quid de suo amittit, sed etiam ex eo, quod consequi & lucrari potuit, quod quidem iure facere potuerit, esse æstimandum: & quod idem valet, æstimandum esse quod, si factum esset quod oportebat, is ad quem ea res pertinet, habiturus fuerit: sive quid de suo salvum habere & retinere potuit, quod alieno facto amisit: sive quid parare aliunde, & in patrimonium redigere, quod eadem iniuria non fecit: in summa, quod habere potuit, quod ei nunc abest.

C A P. XI.

S U M M A R I A.

1. *Quid sit in* Constitutione *damnum quod induci revera dicatur, adeoque sit ex ipsa* Const. *præstandum.*
2. *Utilitas, quæ circa rem non consistit, duplex, utraque qualis sit & n. 3.*
4. *Contra qualis ea utilitas quæ circa rem consistit.*
5. *Utilitatem omnem quæ circa rem consistit, cum de eo quæritur quod interest, in æstimationem venire.*
6. *An & illa utilitas æstimetur quæ circa rem non consistit, quæstionis occasio duplex iuris locus Pauli alter, alter Ulpiani.*
7. *Bartoli expositio reprehenditur.*
8. *Item Alciati opinio improbatur.*
9. *Quæ sit auctoris ea de re opinio, & quæ utriusque loci facta ab eo conciliatio.*
10. *Adiectio loci non tantum, sed & temporis & personæ facta solutioni, in caussa est cur omne quod interest æstimetur, solutione non ita facta.*

NUM omne sine exceptione, quod quis habere potuit, æstimandum sit, & hoc quid sit, cognoscendum est: hoc enim erat alterum, quod de re, quæ verbo continetur, quæreremus: ex tribus autem propositis tertium. Et scriptum hoc a Paulo est in *L. si sterilis*, *§. cum per venditorem*, D. de act. empt. *Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnem utilitatem in æstimationem venire: sed eam quæ modo circa rem consistat*. Eam quæ non consistat, excipit, & eam quam intelligat, exemplis docet. *Neque enim*, inquit *si potuit ex vino puta negotiari & lucrum facere, id æstimandum est, non magis quam si ideo, quia triticum datum non est, familia*
1 *fame laboraverit*. Quid Iustinianus? † Et is hunc locum attingens in hac constitutione, & quasi decidens, si quid damni inducatur, id ut præstetur, iubet: sed addit, si quod re vera inducatur damnum: idemque se in lucro quod absit, amplecti dicit. Ex quo intelligitur esse, quod quis habere potuisse dicatur, quod tamen cum non habeat, non continuo illi re vera abesse dicendum sit. Id Iustinianus non vult esse æstimandum. Horum utrunque quid sit, magna quæstio est: quam si explicamus, operæ pretium facimus. Nihil enim ex omnibus quæ in hoc genere quæruntur, minus intellectum, aut explicatum est. Sed utrum Paulus de omnibus caussis idem senserit, quod scripsit, de vini & tritici venditione; & adeo an id dicat, quod conveniat cum sententia Iustiniani, quando uterque iisdem verbis de hac re non utitur, dubitationem habere potest. Illud non potest dubitari, quin Iustinianus id dicat, quod in omnes caussas, in quibus de eo quod interest agitur, valeat, & cum valere debeat, ad id etiam sit, quod Paulus & veteres dixerunt, revocandum. Quare recte atque ordine fecerimus, si quid sit hoc re vera in Iustiniani constitutione spectabimus. Ita etiam facilius, quid sit illud, quod Paulus dicit, intelligetur. Quod re vera inducitur damnum, inquit Iustinianus, id præstetur. Id habet hanc sententiam, ut non continuo quod haberi potuit, eo præstito quod debebatur, id quasi absit, æstimetur: sed quod cum abesit, dici possit re vera abesse ideo, quia datum, factum non est, quod debuit. Huius generis nobis id videtur esse, in quo hæc duo sint, ut & haberi certo potuerit, & potuerit ex eo solo quod præstandum erat, non aliunde: utilitas enim quæritur propria eius rei, sive facti, de quo agitur: quæ tunc futura esse videtur, cum duo illa concurrent, quæ dixi. Ex quo intelligimus duas utilitates his verbis removeri.

Unum genus † est, si quid ita potuerit 2 haberi, ut potuerit etiam non evenire: quantumvis eius habendi spes obiecta fuerit, sitque tale, ut sæpe alias ex eodem facto consueverit parari, atque etiam is, qui agit, sæpe idem alias sit consecutus; non eo magis æstimabitur. Non recte enim se quis habiturum fuisse dicit, quod se ita habiturum fuisse non probat. Neque id probat quisquam, nisi ubi constat id ita fuisse futurum. Quod si quid re vera quis habiturus non fuit, ne abest quidem re vera: quoniam id abest cuique, quod cum habere posset, amiserit. Id in retibus ruptis circa legem Aquiliam ab Ulpiano positum licet ad res omnes eiusdem generis transferatur. Is in *L. quemadmodum*, *§. idem-*

idemque Labeo, D. ad L. Aquil. scribit ad hunc modum: si culpa nautarum navis in retia piscatorum inciderit, & retia fregerit, quæ alioqui ad pisces captandos erant dispolita: agi ex lege Aquilia adversus nautas, ut æstimetur scilicet, quanti ea res est. Sed in lite æstimanda, *retium, non piscium: qui ideo capti non sunt, fieri æstimationem: cum incertum fuerit,* inquit, *an caperentur. Idemque* ait & *in venatoribus & in aucupibus probandum.* Nihilo ergo magis & in negotiatoribus pecunia, aut merce quæ debebatur, non reddita, ea lucra forte æstimabuntur, quæ adhibita aliqua industria obtingere potuerunt, quæ quibusdam obtigisse aliquanto certum sit, in iisque quærendis rem aliis bene cessisse: sed ita, ut non sit exploratum ita futurum fuisse, & sæpe aliter res cadit. Plane si in contractu actum sit, ut incertus captus piscium æstimetur; is æstimandus est propter conventionem. Quod accidit, cum iactus piscium emptus est, & piscator venditor rete iactare noluit. Hic, inquit, Celsus, *incertum eius rei æstimandum est L.* si iactum *D. de act. empt.* Quippe id actum in hac venditione apparet. Hic enim venditur non iactus, sed quod capietur eo iactu. Unde hoc agi intelligitur, ut id captum præstetur. Non potest præstari, cum piscator rete non iecit, quo caperet. Restat igitur, ut quod capi potuit, æstimetur, præsteturque ea æstimatio ex conventione. Incerti autem huius æstimatio ad id quod consuetum est capi, redigetur. *arg. in L. 1. in prin. D. de usur. L. quod si §. quia, D. de æd. ed.*

3 Alterum genus † removeri putamus, si quid est eiusmodi, ut quamvis petitor certo habere potuerit, potuerit tamen non minus aliunde habere, quam ex eo, qood debebatur. Non est enim ut dici possit, ex inopia rei debitæ magis, quam alterius rei, utilitatem aliquam nobis periisse, si eam utilitatem ex alia re nihilominus, quam ex ea, quæ debebatur, capere potuimus. Exemplis res plana fiet. Atqui huius generis exempla esse arbitramur, quibus Paulus utitur in eo loco, quem modo retulimus. Quod si verum est: quid caussæ est, quin superioribus illis verbis *utilitatis* idem Paulum, quod Iustinianus, sensisse: vel potius quod a Paulo dictum erat, idem Iustinianum exprimere voluisse, & quod Paulus in uno genere exempli gratia scripsit, id in omnibus, in quibus de eo, quod interest, agitur, itidem ut in venditione, locum habere existimemus? Sed exempla Pauli expendamus. *Non, inquit, si potuit emptor ex vino puta, negociari, & lucrum facere, id æstimandum est non magis, quam si ideo, quia triticum datum non est, familia eius fame laboraverit.* Quod vino tradito potuit emptor negociari, & lucrum facere, utilitas est ea, quam emptor re tradita consequi potuit: verum hæc, quamvis constaret haberi eam potuisse, ex re non nascitur: si quidem pluris vendere, aut permutare emptor potuit, quam res communiter valet; sed ex negociatione, id est, ex opera & industria negociantis, qui ideo lucrum facit, non quia res tanti sit, sed quia alii indigeant, qui eam rem emptam velint: eaque occasione nunc utitur. Quod profecto nemo ex re proficisci dixerit: cum etsi in re nihil sit, possit quis hoc modo lucrum facere, puta, si quis hereditatem, quæ non sit solvendo, quia alius eam habere velit, vendat. *L. 3. D. ad L. Falcid* Et ut maxime res sit, quæ veneat: non queat tamen venditor hoc lucrum ex re percipere, si quis rem quanti est, æstimare velit, non aliena indigentia, aut ignorantia emptoris abuti: quæ ut contingant, in casu tamen posita sunt, non in re. Denique aliud esse ex negociatione nasci, aliud ex re, aperte Paulus docet in *L. venditor, ver. nam si, D. de hered. vel act. vend.* his verbis: *si hominem tibi vendidero & necdum tradito eo alii quoque vendidero, preciumque accepero: mortuo eo, videamus,* inquit, *ne nihil tibi debeam ex empto, qui moram in tradendo non feci:* & addit; *precium enim hominis venditi non ex re, sed propter negociationem percipitur.* Iam illud, quod tritico accepto, familiam alere potui, atque ita consequi, ne familia fame laboraret, quis neget utilitatem esse, quam tritico soluto percipere potuerim? non tamen hæc ex eo tritico, quod mihi tradere debuisti potius, quam ex alio. Indicio erit, quod non magis ea utilitas mihi amissa est, id est, non magis familia mea fame laborabit, quia triticum a te non habui, quam quia aliud non habui: quod si aliud quodvis haberem, æque familiam salvam habere potui. Non igitur utilitas eiusmodi, cuius si fiat damnum, dici possit id vere inferri venditionis cessatione, quando id rei non solutæ assignare non possis potius, quam emptoris inopiæ. Cur ergo dependatur, cum si dicas hoc damnum accepisse te, quod tritico meo, quod debui, carueris, hoc ego æque vendicturus sim, propter factum Titii id te accepisse, quoniam æque triticum eius non habueris?

 Atque

Atque huius generis utilitates eas esse vult Paulus, quæ circa rem non consistunt.
4 Quæ ergo æstimandæ? an non † eæ solum, vel ex sensu Iustiniani, quas vult Paulus, & circa rem consistentes dicit? Plane hæ ipsæ. Solæ enim esse reperientur, quæ cum aberunt, re vera amissæ, & quod Iustiniani constitutio exigit, quarum damnum re vera factum intelligatur. Nam ut exempla Pauli missa faciamus, verba ipsa consideremus: quam tandem intelligere possumus utilitatem circa rem consistere, nisi quæ rem circumsistat, ei cohæreat, a re non divellatur? Quæ autem non divellitur, nisi in qua illa duo sunt, quæ posui, ut re quæ debebatur, præstita, hæc utilitas rei adiuncta sequatur: eadem re detracta, hæc ipsa utilitas subducatur, nec quæratur aliunde? cuius hæc sit nota, ut si forte percepta non sit, cum vellemus, ideo tantum factum sit, quia re debita caruimus? huius generis sunt, exempli gratia, servi nostri occisio, quod operas eius vivi percipere potuimus; quod hereditatem per eum parare, ex qua heres institutus erat; quod de conscio quæstionem habere, ut veritas erueretur; quod eo inter Comœdos habito pluris chorus fuerit, quo occiso chorus non sit futurus. Hæc enim omnia revera ob hanc unam caussam amissa, quod servo caremus: & ideo ob hanc unam caussam, quia ista a servo duntaxat, non aliunde sperare potuimus. Merito igitur harum rerum damnum in lege Aquilia æstimandum esse traditur, in *L. proinde, & L. inde Neratius, seq. ad legem Aquil.* Huc pertinet, quod eum qui damni infecti stipulatus est, si propter metum ruinæ ea ædificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit: impensas eius rei consequi posse Cassius scripsit. Idemque iuris esse, cum propter vitium communis parietis qui sibi cavit damni infecti, onerum eorum relevandorum gratia quæ in parietem communem incumbunt, ædificia sua fulsit. In eadem caussa esse detrimentum quoque, quod propter emigrationem inquilinorum factum est, in *L. in hanc, D. de damn. infect.* Omnia enim ex metu ruinæ, quæ si non fuisset, omnia is qui stipulatus est, integra haberet. Unde vere dicetur, quia vitiosæ ædes secus habitæ sint ac oportuit, hæc detrimenta contigisse, neque aliam caussam esse. Non exigimus ut ea utilitas, quam circa rem consistere dicimus, ex corpore rei nascatur; quasi idem sit in re, quod circa rem; & quæ extra rem sit, circa rem non consistat: in quo innumeros falli scimus. Si ea utilitas per rem acquiritur, si eius parandæ caussa est in re, quæ debetur, quantumvis extrinsecus veniet, ea circa rem consistit: utpote quam res ipsa secum fert, sibique adiunctam habet. Servus venditus & traditus, heres institutus est: hereditatis utilitas inter eas, quæ circa rem consistunt, numerabitur, quia hanc per servum habere potuimus. Itaque cum in emptione eam utilitatem duntaxat æstimandam dicat Paulus, quæ circa rem consistit: tamen inter omnes constitit servo eo quem dixi, evicto iudicio ex empto, non modo ob servum evictum, sed etiam ob hereditatem amissam agi posse. *L. venditor, de evict.* Quid? mercedes ex operis servi, pensiones ex rebus locatis, precium ex re, quarum rerum utilitatem maxime circa rem consistere convenit, nonne extra rem veniunt aliunde? Et si vere iudicare volumus, omnem utilitatem, quæ circa rem consistat, extra rem esse necesse est. Quare in hac re non quid pareat, & unde veniat; sed unde eius quærendi caussa nascatur, spectandum est. Quæ si nascitur ex una ea re quæ debetur, recte eam utilitatem circa rem consistere dixerimus.

Quibus de verbo utilitatis cognitis, hoc
† manebit, posteaquam hic omnia consen- 5
tanea sunt Iustiniani sententiæ: & omnem utilitatem quæ circa rem consistat, quam eandem propriam rei debitæ utilitatem intelligi volumus, in æstimationem venire, cum de eo, quod interest, quæritur; & contra, eam quæ circa rem non consistat, quæ eadem rei debitæ non propria utilitas est, nusquam venire. De priore non dubitatur, si modo etiam mihi cum aliis conveniret, quam circa rem consistentem
vocemus. De posteriore † plane non li- 6
quet. Et sane magna caussa est: non enim generalibus verbis contrarium Ulpianus scripsit in *L. 2. in fi. D. de eo quod cer. lo.* ut diceret eam utilitatem æstimandam, quæ circa rem non consistit: quod si faceret, in his verbis, *circa rem* aliquid esse ambigui existimare possemus. Sed ne quid ambigeretur: in iisdem exemplis quæ supra ex Paulo recensuimus, quod Paulus in æstimationem venire negat, id Ulpianus æstimandum esse dicit. Paulus ait, si mora per venditorem facta sit, quo minus vinum traderetur, non venire in æstimationem, quod emptor forte potuit ex vino negociari, & lucrum facere. Ulpianus in actione arbitraria de eo, quod certo loco promissum est (quoniam in hanc venit, quod actoris interest pecuniam suo loco potius solvi, quam in quo nunc petitur) æstimandum dicit præ-

ter

ter pecuniam, quod merces potuit illic comparare actor, & ex mercibus lucrum facere, nimirum negociando. Paulus æstimandum negat, quod ob triticum non traditum familia emptoris fame necata sit. Ulpianus in eadem illa arbitraria actione, qua pecunia alio loco petitur, postquam utilitatem actoris venire dixisset, addidit hæc in utilitate actoris æstimanda: quod actor forte eo loco quo pecunia illi dari promissa erat, pecuniam debuit sub pœna, aut pignoribus, & quia pecuniam eo loco non acceperit, unde dissolveret, pœna commissa est, aut pignora distracta. *d. L. 2. in fin. D. de eo quod cert. loc.* Et quid interest, quæso, ad genus damni, utrum ob pecuniam non solutam pœna commissa, pignora distracta esse dicantur, an propter non datum triticum familia fame laborasse? Res ipsas expendamus, Si pecuniam accepisset actor Ephesi, quæ eo loco dari debebat: æs alienum suum dissolvisset, quod illic erat, neque pœna illi commissa, aut pignora essent distracta. Nempe hæc utilitas ex pecunia soluta esse potuit. Et triticum si habuisset emptor, quod solum exspectabat a venditore, haberet unde familiam aleret: quam, quia neque hoc triticum, neque aliud habebat, amisit. Par hæc, & eadem cum superiore utilitas. Hæc tamen non æstimatur. Cur? quia, ut diximus, ut hanc amitteret emptor, non magis dici potest propterea contigisse, quod ille triticum debitum non acceperit, quam quod aliud quodvis non habuerit. At in pecunia eadem ratio est prorsus. Quod enim pœna commissa est actori, quod pignora vendita, non magis accidit eo, quia pecuniam promissam non habuit, quam quod aliam quamlibet: neque enim certam pecuniam debebat, sed pecuniam generaliter. Quibus quid videtur dici posse magis repugnans?

Eorum, qui hunc locum explicare conati sunt, qui utroque illo in loco eiusdem generis utilitates referri agnoscant; (nam si qui sunt, qui id negent, ii neque mihi quid dicant, attendere videntur, & satis ex iis, quæ supra diximus, refelluntur) priorum ergo, quæ ad rem pertineant, duæ sunt sententiæ, quæ ideo mihi initio paucis attingendæ visæ sunt: ne in re explicatu difficili, eademque ad exemplum pertinente, in qua periculose aliquid in hanc aut illam partem decerneretur, temere ab aliis dissidere putarer, & si quid forte recte diceretur a nobis, plerique aliorum velut præiudiciis impediti, quod
7 verum esset, omitterent. Una est vetus † a Bartolo tradita recepta vulgo. Quoniam Paulus in *d. L. si sterilis, §. cum per venditorem*, aperte dicat, eam modo utilitatem æstimandam esse, quæ circa rem consistat: neque caussa sit, cur in venditione potius id, quam in aliis caussis valeat: dubitari non debere, quin ea, quæ circa rem non consistit, plane non sit æstimanda. Nam quod quidam postea ex iis, quæ circa rem non consistunt, quasdam propinquas esse dixerunt, quasdam remotas, quas posteriores solas excludi volunt; hi quid aliud, quam definitionem Pauli oppugnarunt? Sed hoc in omnibus aliis rebus quæ debentur, admittens Bartolus, unam numeratam pecuniam excipit: in qua etiam eam utilitatem, quæ non consistat circa rem, præstari vult: nimirum quod de ea Ulpianus agit in *d. L. 2. in fin. D. de eo quod cer. loc.* Cur? si quis roget, cum nihilominus hæc utilitas in ceteris rebus admittatur? hæc ratio redditur, quod nummorum una sit, & certa æstimatio: *L. 3. de in lit. iur.* ut in his aut nihil eius quod interest nomine æstimandum sit; aut sit saltem ea utilitas, quæ circa rem non versatur, haberi tamen potuit. At nihil æstimari, iniuriosum. Ita reliquum est, genus hoc utilitatum æstimari oportere. In ceteris rebus, ut vino, oleo, frumento, & speciebus ceteris, varie æstimatio commutari potest: ut fit, quod in his queat æstimari, etiamsi eas utilitates, quæ circa rem non consistunt, non admiserimus. Quorum utrunque cuiusmodi sit, non intelligo. In nummis, quanti plurimi sint, æstimari non potest, quia æstimatio nummorum semper una. Quid tum? ideone his non solutis, ea utilitas, quæ propter pecuniam non solutam amissa non est, æstimanda est? Non opinor. Id enim æstimandum est, quod abest, & quidem vere. Hoc igitur quærendum est, utrum ea utilitas, quam non consistere circa rem dicimus, propter non solutam pecuniam amissa sit, an non sit. Si non est amissa, sola pecunia præstetur, quæ debetur: quod præterea amissum non est propter frustrationem debitoris, ne præstetur. Quod si propter dilationem pecuniæ utilitatem amissam esse volumus, cum in ceteris rebus eodem modo amittetur, cur non præstetur, quid caussæ dici potest? Nempe quod in ceteris utilitas alia circa æstimationem rei occurrere potest, ut rei æstimatio videlicet pro tempore varie augeatur. Ridiculum: quasi non etiam minui potuerit: aut quasi diversis utilitatibus incurrentibus non omnes æstimari debeant, quæ frustratione debitoris sunt amissæ, & quod ille una in re nocuit, non

non modo illi non nocere, sed etiam prodesse debeat, ad alterius maleficii & iniuriæ deprecationem.

Merito igitur hunc Alciatus reprehen-
8 dit. Cuius † altera est contraria superiori sententia hæc: omnis utilitatis, quam actor consequi potuerit, habendam esse rationem, etiamsi circa rem, ut Paulus loquitur, non consistat; nec interesse, speciesne debeatur, an pecunia. Nam si hoc in pecunia certo loco promissa ex stipulatione probat Ulpianus, in *d. L. 2. §. ult. D. de eo quod cert. loc.* dubitandum non esse, quin in omnibus caussis sit admittendum. Sed cum hoc in cæteris obligationibus omnibus locum habeat, in emptione & venditione singulare ius esse, ne ea utilitas æstimetur, quæ circa rem non consistat. De emptione autem loqui Paulum constat eo loco, ubi hoc generis excipit. Quod multo minus, quam prius illud probandum est. Nam si quo in iudicio omnis utilitas æstimanda est: ubi tandem citius æstimetur quam in eo, in quo ex fide bona agatur, qualis est emptio & venditio? quo in genere potissimum omnia æstimantur, quæ alterum alteri ex æquo & bono præstare oportet. *§. In bonæ, de act. §. ul. Inst. de obl. ex cons.* Quod si in hoc non æstimatur ea quæ rei propria non est, in quibus tandem aliis ea æstimetur? Neque sane huius singularis iuris dignam se rationem attulit. Quoniam, inquit, constitutum est, ut emptor, si pecuniam non daret, in usuris solum legitimis condemnaretur. *L. ult. D. de per. & com. rei vend.* Æquum fuit, ut venditoris quoque mora nihilo durius puniretur. Parem enim utriusque conditionem fieri oportet, quod ita fiet si solum in eo, quod intrinsecus interest, damnetur: id enim quod extra rem versatur, legitimum usurarum modum excedit. Hæc ille prope totidem verbis; in quibus si argumentum ab emptore ducendo id ageret tantum, ut probaret nec venditorem eas utilitates, quæ circa rem non consistunt, præstare debere: nugari eum putaremus, neque enim hoc propositum erat. Neque dubitat quisquam, quin & emptor, & venditor eas utilitates præstare non debeat. Quin hoc affirmamus, non modo non in hoc genere, sed nec in ullo alio hasce utilitates venire in æstimationem. Hoc quærebatur, cum ipse eas singulariter ab emptione excludi putet, sitne aliqua ratio, quæ id fieri suadeat, quod ipse ostendere nititur. Et cum rationem ab emptore ducat: nisi propriam caussam esse dicit cur emptor eas non præstet, nihil agit. Restat ergo, ut hoc eum dicere, itaque ratiocinari intelligamus: cur emptor alienam utilitatem non præstet, eo fieri, quia in usuras precii teneatur, quibus venditorem contentum esse oportuit: hoc autem recepto, consequens fuisse, ut nec venditor ultra eum modum quid præstaret, eoque nec id quod extra rem interest, utpote cuius parem caussam esse conveniret.

Quorum utrunque nobis valde reprehendendum videtur. Primum enim utrum potius eam utilitatem quæ circa rem non versatur, non præstat emptor, quia in usuras condemnatur: an quia per se ea utilitas est, quæ quia propter cessationem debitoris amissa non est, præstari non debeat? Nos quidem ideo putamus, quia propter se præstari non debeat. Quod ut falsum esset, tamen fecit ille vitiose, cum id ipsum, quod erat controversum, sumpsit ad sententiæ suæ confirmationem. Deinde ut probaret emptorem, quia usuræ precii ab eo exigi possunt, ideo eas utilitates, quæ aliunde extrinsecus percipi potuerunt, præstare non debere: tamen nihil minus, quam hoc effici nobis videtur, a venditore quoque non debere exigi. Isto modo, inquit, par fiet emptoris & venditoris conditio. Imo non modo par, sed etiam longe dissimilis. Usuras enim legitimas nemo ideo exigi dicet, quia earum utilitas circa pecuniam debitam versetur. *Usuræ*, inquit Paulus, *non propter lucrum petentium sed propter moram non solventium infliguntur*. L. cum quidam, *§. si pupillo, D. de usuris*, ubi hoc sentit, ut locus indicabit, usuras legitimas non ideo præstari, quasi haberi acquirique potuerint. Et sane fieri potest, ut quis pecuniam sibi debitam acceperit, neque usuras ullas habeat; sive quod eam pecuniam statim expendere coactus sit; sive quod non habuerit, apud quem tuto collocaret; sive quod etiam collocare non expedierit. Quod si is fructus circa rem consisteret, si quis pecuniam certa die præstare promisisset, neque præstitisset: usuræ ex mora accederent: quoniam in hanc stipulationem id quod interest, venit; *L. si fundum certo, D. de verbor. obl.* eo autem quod interest, omnis utilitas, quæ circa rem consistit, continetur. *d. L. si sterilis, §. cum per venditorem, D. de act. empt.* At non accedunt usuræ: quas certi iuris est in strictis iudiciis nisi stipulanti promissas non deberi. *L. 3. C. de usur. L. mora, §. in bonæ, D. eod.* Non igitur earum utilitas eiusmodi, quæ circa rem consistat, seu quæ re tradita in eo quod interest pecuniam habuisse, numere-

Digitized by Google

meretur. Quod si ita est: nonne hoc modo similis conditio futura fuit, si & mora a venditore facta vicissim ea utilitas, quæ circa rem non consistit, præstetur: si non præstetur, plane dissimilis, si quidem exemplum emptoris in venditore sequi deberemus? At enim quod extra rem interest, legitimum usurarum modum excedit, supra autem huoc modum a venditore exigi non debet. Utrunque falsum est. Prius, quia fieri potest, ut nihil amplius absit venditori, quam quod extrinsecus consequi potuit, quod præstitum non maiorem modum, quam usurarum efficeret. Posterius ideo, quia si supra modum usurarum venditor præstare non debet, si is triticum venditum sua die non tradiderit, & tritici creverit forte ad duplum, ut fit, æstimatio, ne hanc quidem præstabit, auctore Alciato: quia altera quasi sors, quæ accessit, non dico unius mensis, sed multorum annorum usuras superat. Quod ne ipse quidem Alciatus dicit, & aperte falsum est ex *d. L. si sterilis, §. cum per venditorem*. Ex quo intelligitur, emptoris præstationem usurarum ad venditorem nihil attinere. Ergo dicat aliquis, utriusque par caussa esse non debet? quia negat? Sed par in eo erit, si neque uterque id præstet alteri, quod vere propter debitoris cessationem non abest: & quod vere abest, id ab utroque præstetur: interim fructus rei omnis æstimetur: in quo usura numeratur tum, cum ex fide bona agitur. Demus tamen & quod Alciatus dicit, & quod Bartolus, vera esse omnia. Nihil agitur, in eodem luto hæsitant. Summa enim huc redit, ut ea utilitas quæ circa rem non consistit, alibi æstimanda sit: alibi non sit æstimanda: quæ distinctio cuiuscunque modi erit, ad explicandam *Constitutionis* difficultatem iuxta est inutilis. Quæro enim hac utilitate amissa, quæ ex re non est, velintne damnum re vera inductum esse, an non re vera? Si re vera damnum fit huius utilitatis amissione: omnibus in actionibus, omnibus in rebus ex constitutione Iustiniani utilitas præstanda est. Si re vera non fit, nullis neque in rebus neque iudiciis æstimanda. Quapropter eadem difficultas relinquitur.

9 Nostra sic ratio est † neque in emptione & venditione, neque in ullo alio iudicio, si res quæ præstari debuit, tradita non sit, eam utilitatem esse æstimandam, quæ circa rem non consistit; idest, quæ ex re non est, seuquæ talis est, ut quamvis res absit, quæ tradi debebat, ipsa tamen esse, & percipi eodem modo potuerit aliunde; neque interesse, speciesne aliqua, ut triticum, an pecunia debeatur quæ præstita non fuerit. Si triticum, aut pecunia mihi debeatur: nunquam hæc utilitas, exempli gratia, in æstimationem vocabitur, quod triticum acceptum pluris vendere potui, & lucrum facere; quod ex tritico familiam alere, aut pecunia recepta æs alienum dissolvere potui: quibus non receptis, aut illic familia mea fame necata sit, aut hic pœna mihi commissa, vel pignora a creditore distracta (nam horum utilitatem circa triticum, aut pecuniam debitam non consistere Paulus dicit) Si rationem quærimus, expedita est: quippe hasce res æque salvas habere potui alio tritico, aliave pecunia, etsi maxime neque id triticum, quod debebatur, neque ea pecunia mihi redderetur. Quo fit, ut non magis ob id amissæ dici possint, quia triticum id non habui, quam quia aliud non habui. Quod si verum est: non est æquum id detrimentum dependere te mora facta, quod peculiariter cessationi tuæ adscribi non potest: hæc ratio non in uno aliquo genere obligationis, aut rei in obligationem deductæ tantum valet, sed æque in omnibus. Illud etiam absurdum, huius utilitatis æstimationem in emptione repudiari a Paulo, in cæteris quæ bonæ fidei iudicia non sunt, admitti. Postremo cum hac utilitate amissa necesse sit, damnum re vera inductum esse, aut non esse: Iustiniani constitutioni aliter satisfacere non possumus, quam si absolute alterum recipiamus: ut aut in omnibus hanc æstimandam dicamus, aut nusquam. Non esse autem æstimandam & Pauli auctoritas, & multo magis ratio facit, quæ in omnibus est eadem. Enimvero hoc ita verum est, nisi appareat huius utilitatis a contrahentibus in contrahendo habitam esse rationem. Nam id si contingit, conventio nimirum servanda est: id inde constabit, si nominatim a creditore solutio pecuniæ, de qua agitur, in locum aliquem, aut personam certam, aut certum tempus collata erit: cum creditori expediret aut in eo loco, aut ei personæ, quæ adiecta est, eove tempore solvi propter eas utilitates, quas supra dixi: hoc enim cum fit, quia frustra non adiicitur, solutionem ad eas utilitates, quæ inde percipi potuerunt, retulisse creditorem perspicuum est. Si secutæ non sunt, æstimari eas æquum est: ut enim eas consequeretur creditor, actum est. Itaque non arbitraria actio, *De eo quod certo loco &c.* facit, ut de pecunia certo loco promissa istius generis utilitates arbitrio iudicis committantur: sed conventio, quæ cum pariter in omnibus contra-

tractibus servanda sit, etiam si nullo certo loco pecunia promissa sit, idem valebit. Proinde neque illud requiremus, mercatores sint, necne, qui inter se agunt; neque eas utilitates propinquas esse velis, non remotas, ad rem pertinere existimabimus. Cuiuscunque modi erunt, ad quas solutionem relatam esse apparebit, quisquis is qui retulit, quodcunque iudicium id erit quo agetur, creditor frustratus eas recte exiget. Hoc de genere scilicet Ulpianus loquitur, qui in pecunia, quam certo loco dari promissum est, utilitates supra scriptas æstimandas esse ait in *d. L. 2. §. ult. D. de eo quod cer. loc.* Sed quas? num omnes eius generis, quæ ubique capi potuerunt? Imo eas tantum, quæ in loco haberi potuerunt pecunia soluta, in quo pecunia solvi debuit: ut liquido appareat, non ob aliam caussam eas æstimari, quam quod adiectione loci, idest, conventione eius ipsius loci tantum utilitates quæsitæ sunt. Verba eius adscribam: *Iulianus Labeonis sententiam secutus, etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere: itaque utilitas queque actoris veniet. Quid enim, si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus; & distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel aliquid fisco debebatur, & res stipulatoris vilissimo distracta est?* Referebat stipulator pecuniæ solutionem eo, ut haberet Ephesi, unde pecuniam, quam illic debebat, dissolveret: neque vero parum eius intererat ibi pecuniam reperire paratam, potius quam ipsum secum ferre. Si frustratus erit, ideoque illas utilitates quas Ulpianus dicit, amiserit: quis neget has illi præstandas esse, eum ut eas consequeretur, locum, in quem sibi solvi vellet, nominatim adiecerit? Ergo quod sua interfuit pecuniam eo loco recipere, id consequetur: quia loci adiectione id actum est. Quod si eo loco nihil interfuit, quantumvis si alibi soluta esset pecunia, consecutus esset actor, ne ibi in pœnam incideret, aut pignora distraherentur, declarat Ulpianus nullam huius rei rationem duci oportere.

10 Ut autem intelligatur non † esse huic sententiæ tantum locum in eo genere, cum pecunia certo loco promissa est, quasi arbitrariæ actionis, qua in eo genere agitur, *L. 2. in pr. L. ideo, de eo quod cer. loc.* potestas id exprimat (certum est enim in arbitrariis actionibus, itidem fere ut in bonæ fidei, liberam iudici potestatem dari rem ex æquo & bono æstimandi, *§. præterea, Inst. de act. d. L. ideo, D. de eo quod cer. loc.*) Quod loci adiectione efficitur, efficitur & personæ adiectione. Stipulatus sum decem mihi, aut Titio utrum ego velim dari. Quis dubitet, si forte interfuit mea Titio potius, quam mihi solvi, quoniam pœnam promiseram, si illi solutum non esset: idcirco cavisse me, ut Titio solveretur, ne in eam pœnam inciderem, ideoque id actum esse, ut ea utilitas mihi præstaretur? Ergo hæc ita præstabitur auctore Papiniano: de quo ille ita scribit in *L. liber. 118. §. ult. D.* de verb. oblig. *decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes? ex eo, quod mihi dandum est, certi stipulatio est; ex eo, quod illi solvendum, incerti: quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset.* Observa hic quoque æstimari quod interfuit mea, sed quod interfuit Titio pecuniam solutam esse, ne si illi solutum non foret, pœna committeretur: sicubi autem alias expedivit mihi pecuniam solvi, ut alii præstarem, id in æstimationem non venire. Scilicet hoc non est actum: illud de Titio adversus periculum, quod ab illo metuebatur, nominatim cautum est. Temporis adiecti vis eadem. Ulpianus in *L. 4. in princip. D. de eo quod* cer. loc. *Quod si Ephesi*, inquit, *petetur: ipsa sola summa petetur, nec amplius quid, nisi si quid stipulatus est vel si temporis utilitas intervenit.* Fac horum rationem a creditore non esse habitam, quia solutio in horum aliquod nominatim collata non sit: definitionem Pauli de genere utilitatis ad interpretationem verborum Iustiniani accommodatam in omnibus perpetuam, & veram reliqueris: ut ubique ea utilitas in æstimationem veniat, quæ circa rem consistit. Illa adde, in omnibus propter conventionem regulam commutaris: ut quia ita actum est, hæc ipsa, quam sæpe iam dicimus circa rem non consistere, vel verius ipsa loci adiecti utilitas, & personæ, & temporis ubique æstimetur. Quo genere utilitatis ex adiectione loci semel recepto, consequens erit, ut non tantum damnum æstimari debeat, quod actor frustratus fecerit: sed etiam lucrum, si quod in eo loco, quem adiecit, facere potuerit. In eo enim quod interest æstimando, parem esse damni facti & lucri amissi caussam, supra effectum est. Puta ergo pecunia suo loco accepta stipulatorem merces emere potuisse: potuisse tritico accepto negociari, & lucrum facere, hoc quoque æstimabitur. Quod & ipsum ab Ulpiano eodem illo loco, quem supra retuli, clare positum

tum est: qui post pœnæ commissionem, & pignorum distractionem, de quibus locutus erat, ita intulit: *quid si merces solebat comparare? an & lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto, & lucri habendam rationem.* Quid ergo attinuit, dixerit quispiam, id me nunc inculcare, quod ex uno illo Ulpiani loco cerni, & ex superioribus facile intelligi potuit? Quia fuit hic, quod de lucro moneremus, quod singulari cautione indiget, positum quidem ab Ulpiano: sed obiter, ut aut tanquam ad rem non pertinens præteriri, aut certe cuiusmodi sit, ignorari potuerit. Id vero huiusmodi est: non ita dicere nos lucri quod in constituto loco parari potuit, habendam rationem, ut hoc ipso, quod potuerit actor merces ex pecunia comparare, aut ex tritico negociari, & lucrum facere, id lucri, quod futurum esset, sit æstimandum. Prius hoc volumus, videri creditorem id ita facturum fuisse, & ad eam spem & cogitationem loci adiectionem retulisse. Nam ut ante quoque diximus, non debet videri abesse cuiquam, quod non probetur fuisse acquisiturus. Id ergo unde æstimabitur? Duabus his ex rebus, si & potuit facere lucrum, & voluit. An potuerit, ex loco intelligetur, si is fuit, in quo merces emi possint, & soleant. An voluerit, ex personæ conditione & consuetudine iudicabitur; & si nullam aliam caussam videbitur habuisse, cur eo pecuniæ solutionem referret. Finge negociatorem esse, qui merces eo loco comparare solebat: hoc est, quod Ulpianus ita quærit, *quid si merces solebat comparare?* hoc enim consulto addidit, ut intelligeremus non aliter lucri habendam esse rationem, quam si ita comparare suetus esset: non quia ad utilitatem consequendam quidquam faciant personæ ratio, aut plusquam negocianti in hac re tribuatur, quam alii: sed quia pertineant hæc ad fidem faciendam eius lucri, quod actor se cogitasse, sibique abesse quæritur. De damno non idem Ulpianus scribit: non, inquam, persona, ab eo distinguitur: sed sine exceptione hæc esse æstimanda dicit, quod pecunia Ephesi non soluta pignora distracta sint, quod pœna sit commissa. Merito, quia damnum non est, nisi ubi quid de nostro amissum est: quod cum factum esse constabit, stulte argumenta quærantur, an fieri potuerit. Lucrum autem non id quis petit, quod fecerit, sed quod pecunia accepta se facturum fuisse dicit: quod an ita futurum fuerit, certum non est. Ergo quid accidere potuerit, coniecturis exquirendum est. Quibus expositis de modo & æstimatione eius quod interest, simul de sententia huius legis, quæ de hisce rebus est, dictum est.

CAP. XII.

SUMMARIA.

1. *Nullum pœnæ conventionali modum statui hac constitutione, sed nec ullis legibus ostenditur.*
2. *Modum tamen aliquem esse debere ex ipsa re, seu sine ipsi pœnæ proposito deduci probabile admodum putat auctor; & qui sit.*
3. *Pœnæ conventionalis modus ex eo quod nostra interest, æstimandus.*
4. *Quorsum Iustinianus ad probandum modum eius quod interest, utatur exemplo pœnarum conventionalium.*

UNum ad sententiam legis superesse videtur, de quo cognoscamus, & de quo me ad extremum dicturum esse, cum de modo dicerem, sum pollicitus: quod præter rationem eius quod interest, de quo hoc loco agitur, argumenti loco obiter interserit, & ad modum pœnarum conventionalium pertinet. Iustinianus enim probare volens recte se fecisse, quod modum taxationemque ei quod interest imposuisset, ita scribit: *cum sciamus esse naturæ congruum, eas tantum pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur:* cuius argumenti vis quæ esset, & illic ostendimus. Interim hoc significat, non pœnas tantum legitimas certo fine concludi: sed etiam illas, quæ a legibus non sunt, non nisi cum competenti moderamine, ut ipse loquitur, exigi. Cum enim disiunctione utatur, & in altero disiunctionis membro eas pœnas nominet, quæ a legibus statuuntur: necesse est, in altero alias pœnas, quam quæ sint ex legibus, intelligat. Eæ sunt autem, quas quisque sibi cavit, si quid factum non esset, aut contra quam cautum est, quid factum esset: harum igitur & moderamen esse

esse aliquod significat: quod quale sit, multum dubitatur, † non solum quia nihil apette de ea re in reliquis partibus iuris cautum legimus; sed etiam quia nonnulli proferri possunt loci, qui vehementer refragentur. Scribit Ulp. in *L. stipulatio ista*, *§. alteri*, *D. de ver. obli.* si quis alteri stipulari velit, quia recta id consequi non potest, pœnam stipulari convenire, ut si ita factum non sit, ut cautum est, committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspici, quid interfuerit, sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis: quod habet hanc sententiam: pœna in stipulatum deducta, cum conditio pœnæ exstiterit, nihil amplius quærendum, quam quantum deductum sit: quorsum, nisi ut præstetur? Iam ut ad certum modum conventionales pœnæ proferri debeant: quem hunc esse modum dicemus? Utrumne ut supra duplum eius rei, sive summæ, quæ in obligationem deducta est, pœnam frustra stipulemur, quemadmodum nec supra eam summam id, quod interest, ex hac constitutione consequi possumus? Videamus, ne sit iniquum, si pluris mea interesse potuit, me mihi privata pactione cavere non potuisse. Quid si hoc Paulus diserte scribit, pœnam nos non tantum ad triplum, sed etiam ad quadruplum stipulari posse? Is in *L. si dictum*, *56. D.* de evict. *Si dictum fuerit in vendendo*, inquit, *ut simpla promittatur, vel triplum, vel quadruplum; ex empto actione agi poterit.* Rursum placetne ad quadruplum tantum eas progredi posse exemplo pœnarum legitimarum, quæ hunc modum non excedunt? At neque hoc usquam cautum est, neque magis ex hac lege effici potest, quam ut ne ad duplum præstetur, de quo constitutio loquitur: & quod ad exemplum pertinet, nihil simile habent inter se, pœna quæ ex delicto est, & quæ ex conventione petitur. Illa a lege iniungitur invitis pro delicti modo: hanc unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid futurum esse paciscitur. Et mihi quidem ita res se habere videtur, nullis legibus certum pœnæ modum esse constitutum, quem conventione excedere non liceret: quod, ut superiora omittantur, unde melius probari potest, quam ex hac constitutione? Distinguit enim Iustinianus eas pœnas quæ a contrahentibus proferuntur, ab iis quæ a legibus certo fine statuuntur. Non ergo illæ a legibus certo fine statuuntur. Stulte enim separantur, si omnes certum & definitum legibus modum habent. Quod si res ratione colligenda est, cum omnis conventio edicto Prætoris servanda sit, quæ de re privata interposita, neque contra leges sit, neque contra bonos mores, *L. Iurisgentium*, *§. Prætor*, *§. si paciscar*, *D. de pact.* quid huic pœnæ conventioni deesse potest, quo minus servanda sit? De re privata & familiari esse constat. Utrum ergo legibus eam contrariam esse putamus? quibus? nam si qua est lex, quæ huic generi præstituerit modum, constitutio est hæc Iustiniani, quæ aut id fecerit, aut certe superiorum sententiam de eadem re apertius complexa sit. At hæc de eo, quod interest, agit: longe autem aliud est id, quod interest, de cuius summa nihil nominatim dictum est, quodque totum ex incerto sine conventione petitur: aliud pœna, de qua nominatim cautum est. Bonis autem moribus qui dici potest hæc conventio adversari, cum nihil sit æquius, quam creditorem non decipi: quodque in eam rem sibi caverit, ideo servari, ne decipiatur? Id enim ita fiet, si ubi factum non est, quod debuit, pœnam exigere licebit: dum enim pœnam metuet, faciet reus quod promisit: si aut nihil est quod metuat aut minus, negliget. Illud quidem nullo modo probandum esse videtur, quod quidam defendunt, pœnæ modum ad taxationem huius constitutionis de eo, quod interest, idest, ad dupli quantitatem revocandum. Quid enim, si multo pluris nunc mora a te facta mea interfit? Nimirum neque si probare velim interesse mea in magnam quantitatem, idque consequi, audiendus sim; quia eius quod intersit, modum Iustinianus ad duplum præciderit: neque ex istorum sententia pœnam queam petere, quia taxationem eius quod interest, sequatur. Quo quid iniquius? Ego, cum mora tua mihi multa amiti potuerint, atque etiam amissa sint, de quibus ego diligenter mihi caverim, ne quis esset litibus locus, mihi vigilando & cavendo prospicere non potuerim, & quod indignandum est magis, tu impune mihi illuseris? Nulla ratio est, quæ hanc sententiam tam iniquam possit defendere, præsertim cum illud a Scævola scriptum, & inter omnes probatum esse constet, *ius vigilantibus scriptum esse:* L. pen. *in fin. D. quæ in fraud. cred.* & ut nihil æque grave veteres putarunt, quam fidem fallere; ita nihil magis ad exemplum & Remp. pertinere, quam iniuriæ, & fraudationis metui pœnam. *L. 1. de consti. pec. L. si unus*, *§. pacta*, *D. de pact.*

Quis

2 Quis igitur in his pœnæ relinquitur † modus? nam constitutio aliquod eius moderamen intelligi voluit. Si quidem in ea caussa pœna promissa est, in qua genere ipso tanti interesse potest, quantum pœnæ nomine promissum est: plane nullus hic mihi pœnæ modus quærendus videtur, idque superioribus satis effectum puto. Si genere ipso, inquam, tanti cuiusquam interesse potest. Non enim exigemus ab actore, ut probet tanti sua interesse, ut sic deinde pœnam consequatur. Satis est, si res sit eiusmodi, in qua natura rei si non huius, at alicuius quandoque tanti interesse possit, quantum in stipulatum deductum est. Alioqui frustra pœnam caverimus, quæ ideo adiici solet, ne actor, quid sua intersit, necesse habeat probare, quod probatu in primis difficile est, & plerunque ad exiguam summam deducitur. *L. ult. D. de præ. stipul.* Plus dicimus, si propter affectionem intersit agentis id fieri, quod cautum erat, puta aut librum ad affectionem pertinentem, aut fundum maiorum nobis dari reddive, aut alteri quid fieri, quo nomine pœna promissa sit, nihil amplius quærendum est. Absurdum est enim, cum de animo actoris agatur, rem eius animo non æstimari & computatione: cum autem pœnam dixit, rem tanti æstimavit. Quæ quidem in his caussis accipi volumus, in quibus pœnam stipulari licet sine fraude usurarum: nam cum pecunia debetur, convenit hic pœnam stipulari non licere, ne ad duplum quidem, quoniam in fraudem constitutionum videatur adiectum, quod usuram legitimam excedit. *L. Iulianus, §. ibi, D. de act. empt.* Sed si res talis sit, ut proposita facti specie appareat nihil neque huius, neque alterius cuiusquam, qui idem stipulatus foret, neque promissum accepisset, ad eam summam interesse posse, quanta pœnæ nomine est promissa, quod ultra erit, quantulum id cunque fuerit, nobis nec præstandum esse videtur: finge rem promercalem esse promissam, aut eiusmodi, qualem quivis eodem modo, eodem precio possit reperire, & nisi daretur, promissam esse pœnam. In hanc sententiam me finis ipse pœnæ veluti manu deduxit: finis hic est, ut pœnæ adiectione nobis ea summa cautum sit de eo quod interest, *d. L. ulti. de præt. stipul. §. ulti. Inst. de verb. obl.* ut si quo modo nostra interesse potest vel ex affectione, an intersit, necne, & quatenus intersit, non quæratur. *L. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig.* Fac iam neque in eam rem, de qua agitur, affectionem ullam cadere, neque fieri posse, ut ad hunc aut illum modum cuiusquam intersit, idque genere ipso rei constare, ut si res sit ea, quam modo diximus, conficitur pœnam exigi non posse. arg. *L. quod dictum, D. de pact.* In summa pœnæ † modus iudicio nostro non 3 ex quantitate pœnæ in stipulatum deductæ, sed ex eo quod in re, de qua agitur, interest nostra, spectandus est, ut si interesse possit nostra, nihil quantitatem pœnæ moremur, sed quanta est, tantum recte petamus; si minus, ad eius quod interesse potest, pœnæ moderemur petitionem. Sed hoc sensu, quæret quispiam, quid exemplum pœnarum conventionalium, quo Iustinianus ad probandum eius, quod interest, modum utitur, ad rem pertineat, si id, quod interest, hoc ipso, quod certam quantitatem excedit, petere non liceat: in pœna autem conventionali nihil tale reperiatur, ut quantitas pœnæ modum faciat: nempe intelligendum erit, argumentum hoc pœnarum legitimarum, & conventionalium non eo referri a Iustiniano, ut probet, cur id, quod interest, ultra duplum exigi vetet, sed simpliciter cur ei rei modum statuerit, ut deinde quæratur, cur hunc modum: sitque hic sensus: si in pœnis legitimis & conventionalibus aliquis modus est, conveniens est, ut sit & in eo, quod interest sed non continuo efficitur eundem esse debere. Alioqui ita colligi debuit, etiam id, quod interest, ad quadruplum exigi posse, quoniam & huc usque legitimæ pœnæ excurrunt, quarum & ipsarum argumento utitur,

HUGONIS DONELLI
IURISCONSULTI
COMMENTARIA
IN CODICEM
IUSTINIANI.

AD TIT. I. LIB. VIII. COD. DE INTERDICTIS.

SUMMARIA.

1. *Series tractatus de interdictis.*
2. *Interdictum quid, & num.* 4. 5.
3. *Interdictum unde appellatum.*
4. *Interdictum formula distare ab actione: re nihil aliud esse, quam actionem, & num.* 7.
5. *Actiones olim proprie ita dictas, de ceteris rebus esse: interdictum, omnemque ex caussa interdictorum actionem esse de possessione, & quasi possessione: & quæ sint interdicta ea utroque genere.*
6. *Interdicta omnia esse de possessione & quasi possessione sola, etsi dicantur quædam proprietatis caussam continere.*
7. *Cur placuerit olim de possessione agi interdictis, non actionibus, cum non minus & ageretur de possessione.*
8. *Interdictum ab edicto quid differat.*
9. *Interdicta omnia, etsi in rem concepta, personalia esse, quid sit.*

1 IURIS † nostri persequendi caussa proditæ sunt partim actiones, partim interdicta. Actionum quædam in rem sunt, quædam in personam. In rem, de rebus nostris, aut ad ius nostrum pertinentibus, quas petimus ab eo, qui possidet. In personam, de eo, quod nobis debetur. *L. actionum, D. de obl. & act.* §. 1. *Inst. de act.* Interdicta de possessione rei cuiusque afferenda, ut mox dicetur. De his ita ius compositum est, ut prius compositores de actionibus & iis iuribus, quæ ad actiones pertinent, dicerent: quod hucusque fecerunt. Sic deinde ordine de interdictis; quod fit hoc loco. Hunc ordinem secutum esse Iustinianum in Institutionibus constat ex principio tituli *de interdictis*. Consentaneum est compositores iuris hunc eundem ordinem & in Pandectis & in Codice secu-
2 tos esse. Interdictum † si formulam veterem spectes, unde interdicta sunt appellata, sic recte definitur: formula & conceptio verborum, qua prætor inter eos, qui de possessione, aut quasi possessione contendebant, iubebat eum, cum quo agebatur, aliquid facere, aut facere vetabat, prout id ad possessionem afferendam, de qua agebatur, convenire videbatur. Nam alias petitur, ut possessio restituatur, aut ut res exhibeatur: hic prætor restitui, aut exhiberi iubebat. Alias qui rem tenet, aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti, aut petenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat. Colligi potest hæc definitio ex initio Tit. *Instit. de interd.* de qua & mox plura dicentur.

Ex † ea intelligere possumus interdictum 3
dictum esse, quasi inter, aut interim edictum; & interdicere, quasi inter & interim edicere. Non dico inter duos dictum, ut est apud Iustinianum in §. *in fin. Inst. eod.* parum apte: quoniam & sententia, & arbitrium, & interlocutio inter duos dicitur: quorum tamen nihil a veteribus dicitur interdictum. Non dico interim: nam & multa interim dici & tractari solent, donec ad ius nostrum perveniamus; quæ tamen nihil minus sunt, quam interdicta, cuiusmodi sunt, quæ dicuntur a privatis litigatoribus: in magistratu autem & iudicibus interlocutiones. Ne illud quidem

Digitized by Google

dem placet, interdicti appellationem, quæ proprie ad prohibitoria interdicta pertinet (nam interdicere proprie vetare est) ad cætera quoque per abusionem esse translatam, ut quosdam putasse refert Iustinian. in *d.* §. 1. *Inst. de interd.* Nam ut hoc in verbo interdicti ferri possit; certe in verbo *intercedendi*, unde est interdictum, defendi non potest. Nemo enim unquam de exhibitoriis, aut restitutoriis interdictis loquens, dixit in his interdicere pro iubere, & decernere, ne abusive quidem: cum tamen in his & prætor & actor etiam proprie interdicere dicantur. Hoc dico igitur interdictum, dictum quasi *inter* & *interim edictum*, & *interdicere* quasi *inter* & *interim edicere*. Quod omni interdicto plane convenit. Est enim edicere iubere aliquid. Id vero in omni interdicto prætor faciebat. Edicebat enim, & iubebat quid fieri, aut non fieri. illud cum faciebat, dicebatur absolute iubere: proinde & hic maxime proprie edicere. Hoc posterius cum faciebat, dicebatur speciali verbo *prohibere*, & *vetare*; sic tamen, ut iuberet nihilominus, ne fieret: proinde & hic quoque ediceret: ut profecto nihil aliud sit interdictum, quam inter privatos & interim interpositum prætoris edictum. Et tamen quia non simpliciter dictum est, dicitur interim edictum. Et recte; edicebat enim hic prætor interim: idest vel obiter, ut omnis causa possessionis est momentanea, *L. unica, sup. si de mom. poss. fu. ap. L. momentariæ, infr. unde vi.* vel interea dum de alia re principali contenditur: puta de iure & proprietate rei, per quod tempus decidi solet possessionis atque usus controversia, *L. ordinarii, sup. de rei vind. L. 3. inf h. t.* eaque decisio olim transigebatur interdictis.

4 Ex † eadem definitione intelligimus interdictum, ut fuit vetus formula, actionem non esse. Nam actio est privati litigatoris petitio & persecutio, qua intendit sibi aliquid ab adversario dari, aut fieri oportere. §. 1. *Inst. de act.* Interdictum litigatoris petitionem & intentionem non habet; sed iussus est, & imperium prætoris adversus eum, cum quo agitur, propositum. Sed hæc ita sunt, si, ut dixi, formulam tantum in interdicto spectemus. Quod si spectabimus vim & potestatem interdicti, idest, id quod in interdicto agimus, & consequi volumus; sine dubio interdictum actio est, sicque rectissime definietur: ut sit actio, qua de possessione asserenda vel quasi possessione agitur, sive eam nunc primum adipisci, sive adepti retinere, sive ademptam & amissam recuperare velimus. Dixi interdictum actionem esse, recte: inde enim dicitur actionis verbo contineri. *L. actionis, D. de obl. & act.* Hinc etiam quæcunque de actionibus dicuntur, eadem dicuntur & de interdictis. Itaque & interdicto agere dicimur: & dicitur interdictum aliquibus & in aliquos competere; dicitur & condemnatio eius iudicii esse. *L. 3. §. 1. §. condemnatio, §. ult. D. de tabul. exhib.* Quæ omnia actionum propria sunt, ideo, ut dixi, tributa interdicto: quia etsi interdictum vetere formula petitionem litigatoris non continebat, sed iussum & imperium prætoris; vi tamen ipsa nihil aliud erat, nisi petitio & persecutio privata litigatoris. Non enim ita iubebat prætor in interdicto, aut quid vetabat, ut sententiam ferret: alioqui sententia esset sine causæ cognitione, quod ius non recipit, *L. ex stipulatione, supr. de sent. & interloc. L. 1. supr. de execut. rei iud.* sed prætor una cum interdicto iudicem dabat, qui cognosceret, an vere intenderet petitor caussam esse, cur res sibi restitueretur, exhiberetur, possessio retineretur, atque ita caussa cognita reum condemnaret. Ita interdictum nihil aliud erat, nisi persecutio possessionis in iudicio; quæ actionis definitio est. *Inst. de act. in pr.* Nunc formulis veteribus interdictorum sublatis, constat nihil amplius de interdictis restare, quam actionem ex causa interdictorum, § *ult. Instit. de interd. L. ultim. infr. hoc tit.* ut iam inter actiones, quæ sunt ex caussa interdictorum, & cæteras non formula intersit, sed res tantum, de quibus agitur. Nam † cæteræ actiones sunt de rebus 5
aliis quibuslibet. Interdictum, sive actio ex causa interdicti est de possessione, vel quasi possessione obtinenda. *Inst. de interd. in pr.* De possessione in rebus privatis & corporalibus, quæ solæ possunt possideri. *L. 3. in pr. L. qui universas, §. 1. D. de acq. pos.* Si tamen & de harum vera possessione agatur, vel adipiscenda, vel retinenda, vel recuperanda: quo pertinet omnis de possessione controversia: unde & interdictorum divisio. *L. 1. §. est igitur. D. uti pos. §. seq. Inst. de interd.* Quod ideo adiecimus, quia & de his rebus interdum agitur interdicto, ut exhibeantur, ut sit in interdicto de tabulis exhibendis: quo tamen genere interdictorum non petitur possessio, sed videndi tantum & cognoscendi copia. De quasi possessione dictum, propter res sacras, religiosas, publicas, liberum hominem: quæ res cum non sint in hominum commerciis,

ciis: ne possideri quidem possunt *d. L. qui universas*, §. 1. *D. de acq. pos.* Verumtamen de earum usu interdicta sunt prodita, Tit. *ne quid in loc. sac. fit. ne quid in loc. pub.* Tit. *de lib. hom. exh. ducend.* Hic usus quasi possessio nominatur: de quo sic agi reperiemus, ut vel nobis, vel his ipsis rebus suam quodammodo asseramus possessionem, eamque ab aliorum iniusto facto velut vindicemus. Dictum est etiam propter res privatas, sed incorporales. Nam hæ possideri non possunt. *L. servus*, *§. incorporales*, *D. de acq. rer. dom.* De earum tamen usu interdicta sunt: ut de itinere actuque privato, de rivis, de cloacis, & similibus Tit. *De itin. act. priv. & sequentib aliquot. D.* Hic quoque usus quasi possessio est, atque ita nominatur in *L. si quis diuturno*, *D. si ser. vind.* Unde & interdicta huius generis veluti possessoria nominata, in *L. ult. D. de servit.* Dictum etiam propter res privatas, easque corporales, quas nobis exhiberi petimus ex interdicto. Hic enim, ut paulo ante dixi, tantum copiam rei videndæ & cognoscendæ petimus, quæ copia revera nel possessio non est; usum tamen rei continet, ut sit hic usus quædam quasi pos-
6 sessio. Atque ut † sunt interdicta, & quæ eorum nomine competunt actiones, omnia de possessione, aut quasi possessione: Ita de possessione, & quasi possessione sola, ut divisiones interdictorum propositæ in *L. 1. & L. 2. D. eo.* facile declarabunt. Quod enim dicuntur quædam proprietatis caussam continere, *L. 2. §. quædam. D. de interd.* non eo dicuntur, quod non sint de possessione & usu rei tuendo; sed cum sint his de rebus principaliter: per consequentiam adiunctam habent proprietatis caussam, dum placet eum vincere in hoc usu, qui ius, de cuius usu agitur, ad se pertinere ostenderit: quod receptum est in interdicto de itinere actuque privato reficiendo, ut declaratur in *L. 3. §. ait*, *§. hoc autem*, *D. de iti.*
7 *act. priv.* Atque † hinc coniecturam licet facere, quid caussæ fuerit olim prætoribus in iure dicundo ita rem instituendi, ut cum de possessione non minus ageretur iudicio, quam de cæteris rebus; tamen formulis illis interdictorum placeret illis transigi caussam possessionis potius, quam actionibus, idest, quam solemni ritu observato in actionibus & iuris nostri persecutionibus. Animadvertebant scilicet in controversiis istis de possessione & usu rerum non tam de iure nostro agi, quam de adversarii facto, qui impediret, quominus eam possessionem, atque usum obtineret ii, quibus ea asserta esse volumus. Itaque & hic id agi, non tam ut adversarius quid nobis restitueret, præstarer, quam ut cœpto desisteret, a re discederet, nos nostra possessione frui aut rem in sua velut possessione esse pateretur. Quam ad rem obtinendam omnino interdictum utile esse visum est: dum scilicet prætor donec de iure rei plenius constitutum sit, edicit, ut adversarius faciat quid, aut non faciat, quod sit ad possessionem illam nostram interim obtinendam accommodatum. Sed quoniam hoc edictum primum ex iuris nostri persecutione prætori nascitur, & porro ad id ius obtinendum refertur, de quo & iudicio agitur: perspicuum est & origine & fine inspecto nihil hic versari re ipsa, nisi actionem: atque adeo interdictum etiam iam olim re actionem fuisse: si quid differret ab ea, quæ proprie dicitur, actio, formulam tantum & genus agendi interfuisse.
Quid interdictum † differat ab edicto ab- 8
solute ita dicto, non est obscurum. De, quo nihil monerem, nisi scirem veteres interpretes ignoratione partim verborum, partim veteris historiæ tradidisse *ad L. 1. D. de op. no. nunt.* Interdictum speciem esse edicti; ut recte interdictum dicatur edictum. In quo pueriliter ab illis erratum est. Edictum lex est prætoris, atque ita ius publicum, *prætorum*, *Inst. de iur. nat. gent. & civil.* Edictum, quia ius est, etiam ius generale est ad omnes pertinens. *L. iura*, *D. de legib.* Interdictum privatum est, & personale, pertinens duntaxat ad eas personas, inter quas interdicto agitur. Idque † 9
est, quod dicitur in *L. 1. §. ult. D. de interd.* interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia esse. Non enim significatur his verbis, Interdicta esse actiones in personam, etsi ita concepta sint, quasi sint actiones in rem; sed interdicta etsi in rem, idest, generaliter & sine designatione alicuius personæ ad quam dirigantur, scripta sint; vi tamen ipsa personalia esse, idest, ad certam privatam personam referri. Et ita est: iure ad eum litigatorem pertinent, qui interdicto experitur: conceptione verborum ad eum diriguntur, cum quo ex interdicto agitur, quem prætor aut iubet aliquid restituere, aut vim facere vetat: quod his exemplis planum fiet. Interdictum de loco sacro ita scriptum est: *In loco sacro facere, inve eum immittere quid veto. L. 1. D. ne quid in loc. sacr.* Hæc verba in rem & generaliter scripta sunt, quasi lex esset: non enim dicitur *te, aut illum veto*, sed nihil-

nibilominus perinde accipienda sunt, quasi ita scriptum esset, *te, cum quo agitur, veto*; ut vi ipsa ad personam rei hæc verba referantur. Idem licet observare in interdicto, ne quid in flumine publico, *L. 1. D. ne quid in flum. pub.* Inscite autem veteres illi moti sunt, *L. prætor in pr. & §. 1. D. de op. no. nunt. L. 1. D. de tab. exh. L. 1. D. uti possid.* & quibusdam similibus locis, ut existimarent interdictum esse dictum, quia his locis partim interdictum misceretur cum edicto; partim interdicto proposito, postea nominaretur edictum a iureconsultis. Hoc enim ideo factum est, non quod essent hæc eadem; sed quod prætor in albo eodem in loco & proponeret edictum, quo pollicebatur se interdictum de re quaque daturum, & deinde subiiceret interdicti verba, quod in eam rem redditurus esset; ut interdicta in albo proponi solita intelligimus ex *L. 1. infr. hoc. tit.* Quæ omnia ex tractatu de interdictis in Pandectis facile legenti patebunt. Genera interdictorum, eorumque species si quis desiderabit, eas divisiones ostendent, quæ de his sunt traditæ in *L. 1. & L. 2. D. eod. tit. & Inst. eod.*

Ad L. Cum proponas. 1.

Imp. Alexander A. Evocato.

Cum proponas radicibus arborum in vicina Agathangeli area positis crescentibus fundamentis domus tuæ periculum adferri: præses ad exemplum interdictorum, quæ in albo proposita habet prætor, si arbor in alienas ædes impendebit: *Item,* si in alienum agrum impendebit: *quibus ostenditur, nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere: ad suam æquitatem rediget. PP. VI. Kal. Apr. Iul. II. & Crisp. Coss.*

S U M M A R I A.

1. *De arbore aliena, quæ vicino noceat, quæ interdicta, quibus prodita, & quarum rerum gratia.*
2. *Ex lege aut edicto esse, etiam quod est ex sententia; & quid sententia legis.*
3. *In paribus caussis ius idem statuendum.*
4. *Directum, & utile interdictum quid.*
5. *Finium regundorum actionem esse de arbore a vicino consita, non relicto legitimo spatio.*

1 DE arbore, quæ in alieno † agro nata est, duo sunt proposita interdicta vicino: unum de arbore quæ impendet in alienas ædes, in hoc comparatum, ut aut dominus arborem excidat, aut patiatur vicinum excidere, & ligna tollere. Alterum de arbore, quæ in alienum agrum impendet, huius rei gratia comparatum, ut arborem dominus coerceat, idest, ramos cædat usque ad altitudinem quindecim pedum, ne arbor umbra sua vicino agro noceat *L. 1. D. de arbor. cæd.* Neque plura sunt interdicta de arbore aliena, quæ vicino noceat. Hinc quæsitum est, si aliena arbor in vicini ædes, aut parietem non impendeat; sed ita radices eius excreverint, ut excurrant sub parietem vicini, & intumescentes periculum ruinæ parieti adferant: an cum vicino agi possit, ut aut arborem exstirpet, aut patiatur vicinum exstirpare, & ligna tollere, uti de arbore, quæ impendet, iuris esse diximus. Hic placet agi posse ita, ut præses ad exemplum superiorum interdictorum rem ad æquitatem suam redigat. Æquitas, sive æquum est quod natura ius est, *L. pen. D. de inst. & iur.*

Natura autem ius est, quod est positum in illis principiis naturæ, ius suum cuique tribuere, alterum non lædere; quæ sunt præcepta iuris. *L. iustitia. §. ult. D. de iust. & iur.* Ergo his verbis intelligimus, cum domino arboris sic agi posse, vel ut arborem totam stirpitus evellat, vel radices excrescentes cædat. Denique id faciat, quo res eo deducatur, ne radices arboris vicino noceant, aut patiatur vicinum id facere, & ligna tollere. Hæc enim æquitas est, quæ hic appellatur, constituta ad exemplum interdictorum, quæ suprascripta sunt, ut ibidem adiicitur, quod hoc spectat. Obstabat enim huic sententiæ, quod verbis superiorum interdictorum nihil huiusmodi cautum est. Huic dubitationi superioribus verbis occurritur, hoc modo. Non est hoc ius ex verbis superiorum interdictorum, sed non minus ex illis interdictis ius est.

Ex

2 Ex † lege enim esse intelligendum est, non solum quod ex verbis legis, sed etiam quod ex sententia. *L. nominis*, §. 1. *D. de verb. sign.* Sententiam legis appellamus propositum legis, seu finem legislatori propositum, sive rationem, propter quam ius constitutum est. At in superioribus interdictis hæc ratio fuit eorum proponendorum, ne per occasionem arboris vicino noceretur. Hæc ratio, sive sententia interdictorum, & edicti prætoris multo magis locum habet in arbore aliena, non solum quæ damni vicino occasionem præbet, ut accidit, cum in vicinum locum tantum impendet; sed etiam quæ suo corpore nocet vicino: quod fit, cum radices arboris parieti vicini periculum creant. Quare multo magis in hac specie ius idem statuendum est.

3 Itaque † hac ratione, atque hoc exemplo statuitur hæc definitio iuris certi: Quoties lex de certis tantum rebus scripta est, si legis sententia & ratio manifesta est, nihilominus idem ius ad cæteras res omnes, quæ in lege appellatæ non sunt, transferendum esse, si in his aut par, aut maior ratio est: exstat in *L. non possumus*, & *L. seq. D. de legib.* Ex quo & verissime hoc vulgo dicitur, ubi eadem ratio est, ibi idem ius esse statuendum, sumptum ex *L. illud*, *D. ad leg. Aquil.* Non absimile exemplum est illi, quo utitur Cicero in Topicis ad confirmationem huius ipsius sententiæ, in argumento ex comparatione parium. Ergo † in specie 4 hoc loco proposita interdicto de arboribus eædendis agetur, non directo, quia verba deficiunt; sed utili, ex interdicti sententia. Sic enim utiles actiones appellamus, quæ deficientibus verbis legis ex sententia competunt. §. *ult. Inst. ad leg. Aquil. L. pen. D. si quadrup. pauper. fec. dic.* Hæc, † quæ diximus, ita sunt, 5 si arbor cuius radices nocent, insita sit a domino, relicto legitimo spatio, quod relinqui iubetur. *L. ult. D. fin. reg.* Nam si hoc spatium relictum non est, agi cum domino arboris potest finium regundorum, ut sive arbor noceat, sive non noceat; tamen arborem tollat. *d. L. ult. fin. reg.* Quod si hoc spatium legitimum relictum erit, & nihilominus arbor ita nocebit, ut supra dictum est: hæ erunt actiones & interdicta, de quibus diximus.

Ad L. Præses Provinciæ. 2.

Impp. Valerian. & Gallienus. AA. Messiæ.

Præses provinciæ in eum, qui eiusdem provinciæ non est, nec ex interdicto potest cognoscere. PP. VII. Kal. Maii Seculare & Donato. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Extra territorium neminem iudicem cognoscere posse, ne ex interdicto quidem.*
2. *Cur dubitetur, & nihilominus contra statuatur in interdicto.*
3. *Iudicem omnem in eum, qui eiusdem provinciæ non est, cognoscere posse quatuor in caussis & quibus.*
4. *Id huic loco non adversari, & cur.*

PRæses provinciæ, eoque multo magis inferior iudex, adversus eum qui eiusdem provinciæ & territorii non est, cognoscere non potest: quod sic interpretandum est. Non potest iure, sive utiliter; quia quodcunque adversus eum ius dixerit, pro non dicto est: licet enim ei non parere, idque impune; quia supra iurisdictionem suam ius dixit. *L. ult. D. de iurisd. tot. tit. sup. si a non comp. iud.* Hoc ius pro explorato habetur tam in actionibus in rem, quam in actionibus in personam, tam de aliis rebus, quam de possessione competentibus.

1 Quæsitum † est, an idem servandum esset, si apud præsidem provinciæ ageretur interdicto: veluti, si adversus civem alterius territorii ageretur de possessione fundi ibi constituti, vel interdicto retinendæ possessionis, *Uti possidetis*; vel interdicto recuperandæ *Unde vi*. Placet hoc loco idem iuris esse, etsi ex interdicto agatur, ut intelligamus generaliter ita definiri: neque præsidem, neque ullum iudicem ullo in iudicio cognoscere adversus eum posse, qui eiusdem territorii non sit.

Sed † cur potius dubitatur de interdicto, quam de cæteris actionibus? Quia ex interdicto de possessione agitur. Caussa autem possessionis, sive victoria de possessione non magnum præiudicium adferre vide- 2

videtur; quia fit possessio, quæ inde obtinetur, momentaria, de quo dicetur ad *L. momentariæ, inf. unde vi*. Sed nihil hoc ad rem pertinet. Nam dum a præside ius dicatur, nihil refert, quantum ea sententia noceat, & quamdiu. Ius certum esse debet, neminem supra iurisdictionem suam ius dicere posse. *d. L. ult. de iurisd.* Et merito: qui enim supra iurisdictionem suam ius dicit, tanquam privatus dicit, ut proinde non magis necesse sit ei parere, quam alii cuivis privato.

3 Sed † diligenter cavendum est, ne quod hic dicitur, simpliciter & absolute dictum accipiamus, alioqui multis modis falsum erit. Et certe ius ita habet, ut, non dico præses, sed quivis iudex in eum, qui eiusdem provinciæ non est, possit iure cognoscere, & quidem pro iurisdictione sua, quatuor de caussis, quæ ex argumento de iurisdictione, & foro competenti sumuntur melius: nunc pro loco, quod necesse sit, tantum leviter perstringam. Primum, si is, cum quo agitur, in iudicem consenserit. *L. 1. & 2. in pr. D. de ind.* Tum si idem in eadem provincia contraxerit, quo nomine nunc ibi convenitor, *L. heres absens. §. ult. & L. seq. D. de ind.* Et ideo si in hoc loco tibi dederim rem aliquam precario: recte adversus te, quanvis exterum, in hac provincia tecum agam interdicto de precario. Præterea si quis hic agat, & vice mutua ab adversario conveniatur. *L. qui non cogitur, D. de ind. L. cum Papin. & auth. seq. sup. de sent. & interloc.* Postremo si in hoc territorio fundus situs sit, cuius controversiam patior ab homine extero, aut cuius de possessione ab illo sum deiectus; licet mihi adversus illum hoc loco experiri de fundi possessione tam ex interdicto *Uti possidetis*, quam ex interdicto *Unde vi*. Plus dico: etiam hoc loco caussa possessionis agenda est. *L. unica, sup. ubi de possess. agi oportet*.

Quid † est igitur, quod hac lege dicitur, præsidem in eum, qui alterius provinciæ est, cognoscere ex interdicto non posse? Id ex quæstione proposita interpretandum est. Agebatur ex interdicto apud præsidem provinciæ; & actor contendebat, quia interdicto ageretur, posse in hoc territorio etiam agi adversus exterum. Hic respondetur, si ob hanc tantum caussam præses adversus exterum cognoscere vult, quia caussa possessionis agitur ex interdicto, nullam hanc caussam esse, cur possit id facere. Itaque hæc solum caussa cognoscendi hoc loco removetur. Cæterum ob alias caussas, si velit iudex cognoscere, potest: non dico ex interdicto, sed & ex cæteris quibusvis actionibus, dummodo una aliqua ex illis quatuor caussis afferatur, quas supra dixi. 4

Ad L. Incerti. 3.

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. & CC. Pompeiano *Præfecto prætor.*

Incerti iuris non est, orta proprietatis & possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus, ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptione probationes ab eo qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent: tamen ad exemplum eorum res agitur. Subscr. Kalend. Ian. Sirmii ipsis AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Proprietatis & possessionis controversia, quæ, & quando incidat.*
2. *Commodum possessoris, & petitoris onus controversiæ de possessione caussam præbere; & quod sit hoc commodum, atque onus.*
3. *Possessionis litem prius, quum proprietatis decidi oportere, idque civilem & naturalem rationem efficere: & quare.*
4. *Possessorio & petitorio iudicio simul agi nunquam posse, quocunque interdicto agatur, etiam recuperandæ, aut adipiscendæ possessionis.*
5. *Ius refragari.*
   L. 1. C. de appel. *explicatur, ibid.*
6. *Petitorio & possessorio simul agi posse, absurdum.*
7. *Petitorii & possessorii naturam non admittere horum iudiciorum concursum.*
8. *De* c. Pastoralis. & c. cum dilectus de caus. pos. & prop. *quid sentiendum.*
9. L. cum fundum. §. ult. D. unde *vi explicatur.*
10. *Qui cœpit rem vindicare, si postea de possessione experiatur (quod facere non prohibetur) non ideo repudiari petitorium iudicium, sed pendere, donec de possessione iudicetur. & num. 12. 13.*
11. L. naturaliter. §. nihil commune, D. de acquir. pos. *sententia, ubi & vulgaris error refellitur.*
12. Auth. qui semel. C. quo. & quan. iud. *quam sententiam habeat.*
13. *De possessione quæ actiones.*
14. *Interdictis hodie cessantibus eorum loco actionem esse utilem, & cur dicatur utilis.*
15. *Interdicta hodie cur locum non habeant.*
    Extraordinaria iudicia omnia nunc esse, & fuisse etiam temporibus Iurisconsultorum, cum olim essent ordinaria, nunc extraordinaria, ibid.

1 TUnc inter aliquos controversia † possessionis & proprietatis, cum ambo se eiusdem fundi, aut cuiusvis alterius rei possessores esse volunt, & ambo se dominos esse dicunt. Oriri solet hæc controversia, cum is, qui se dominum fundi dicit, fundum qui ab alio detinetur, a possessore vindicat, illum suum esse & sibi restitui debere intendens: sed idem & de possessione adiicit, petens ut nihilominus in ea lite possessoris commodo fruatur, adversarius petitoris partes sustineat. Quod his de caussis potest petere; vel quod dicat se eum fundum iam nunc possidere, qua in re & interdicto *uti possidetis* agat: vel quod intendat sibi possessionem ab adversario restitui debere. Quod & ipsum duplici nomine peti potest, vel quia deiectus sit de possessione ab adversario, ubi & interdicto *unde vi* experiatur; vel quia dicat, se possessionem nunc primum adipisci posse, & ad eam rem utatur iis interdictis, quæ sunt adipiscendæ possessionis, ut, *Quorum bonorum*, *Quod legatorum*. Adversarius contra primum se dominum esse dicit; deinde quod ad possessionem attinet, etiam se possidere, contendit; & ita possidere, ut possessionem adversario restituere non debeat.

Et quod actor, qui se dominum dicit, rei vindicatione agit, ut possessionem fundi sui recuperet, recte & consulto facit. Nam hoc indicio possessionem rerum nostrarum recuperamus ab iniustis possessoribus & quidem ita efficaciter, ut postea illi de possessione controversiam movere non possint, obstante his rei iudicatæ exceptione, *L. officium, D. de rei vindic.* Sed dum hoc consequatur, nihil est, quod quærat amplius. Quid igitur necesse fuit, dixerit aliquis, eum, qui hoc iudicio agit, etiam interdicto aliquo, aut actione de possessione controversiam movere.

Id eo † fit, & recte, quia certum est 2
commodum possessoris, certum onus petitoris. Petitoris onus in eo est, quod is probare debet rem suam esse, quam suam esse

esse intendit, ac nisi faciat, reus absolvitur. *L. qui accusa. supr. de edendo, L. inter D. de iud.* commodum possessoris in eo, quod si petitor nihil probet, reus absolvitur, quamvis ipse nihil præstiterit: atque ita in suo loco manet possessio, *d. L. qui accus. §. retinendæ*, vers. *commodum, Inst. de interd.* Hoc commodum sibi habere vult actor possessionem sibi asserendo, & simul petitoris partes in adversarium transferre. Recusat is, cum quo agitur. Hinc controversia de possessione in caussa proprietatis.

3 In † hac controversia possessionis & proprietatis quæstio est, utrum iudex possit prius de proprietate cognoscere, & sententiam ferre, an simul de utroque; an vero prius possessionis litem decidere. Placet possessionis litem prius decidi oportere: quod hic scriptum est, & *in L. ord. sup. de rei vin.* Ex quo colligimus, nisi prius iudex de possessione iudicaverit, iure ab eius sententia appellari posse, quod & ipsum est in *L. 1. sup de ap.* Cur placeat caussam possessionis prius decidi oportere, hic ratio reddita est, ad hanc sententiam: ut scilicet finita possessionis controversia, & hoc constituto, uter sit possessor; tunc recto ordine, ad petitoriam actionem procedatur: in qua qui possessor pronuntiatus est, fruatur commodo possessoris: contra qui de possessione victus est, petitor factus partes & onus petitoris sustineat: quæ duo sunt in eo, ut probationes ab eo exigantur. Et vero id ita fieri necesse est, caussa enim possessionis ante non decisa, petitoria actio, id est, lis de proprietate, neque potest institui, neque iure ordinari, neque in eo iudex idoneam sententiam ferre. Non potest actio institui petitoria, quia ut hic explicatur in § *retinendæ, Inst eod. tit.* in petitoria actione oportet unum petitorem esse & alterum possessorem, a quo petatur, idque & civilis & naturalis ratio facit. Civilis; quia ius civile actionem in rem proponit tantum adversus possidentem *L. actionum, D. de obl & act.* Naturalis; quia natura non potest fieri, quin in petitione sit unus, qui petat, & alter, a quo petatur: is autem est, qui pro possessore habetur. Nam cum ab eo petatur, ut rem restituat, non potest fieri, quin rem habeat apud se, aut teneat. Quod enim non possidet, restituere non potest. Sed & is, qui petit, non potest possessor esse; quoniam frustra peteret, quod habet. Ergo, ut dixi, non potest petitoria actio sive rei vindicatio, sive quod idem est, lis de proprietate aliter institui, quam si constet, uter possessor sit, uter petitor. Hoc autem constitui non potest, nisi decisa possessionis lite, ex qua intelligetur, uter sit possessor. Prius igitur eam litem decidi oportet, ut petitoria actio instituatur. Eadem actio sine superiore decisione ordinari non potest: non enim potest intelligi, qui commodo possessoris, quis onere petitoris fungatur. Postremo iudex, quam hic sententiam ferat, non habet. Etenim si in petitoria actione petitor non probat, aut pares sunt utrinque probationes, iubetur iudex de dominio secundum possessorem iudicare adversus petitorem, *d. L. qui accusare, D. de eden. L. in pari, D. de reg iur.* Hoc vero præstari ab eo non potest, qui uter possessor, uter petitor sit, ignoret.

Si † de possessione prius iudicari oportet, perspicuum est simul possessorio & petitorio iudicio agi non posse, & quod idem est, falsum esse, quod vulgo dicitur, possessorium & petitorium iudicium posse concurrere. Idque ita est, sive iubeatur iudex iudicare de alterutro, ubi prius de eo probatum erit, sive iubeatur de utroque id est, & de possessione & de proprietate eodem tempore sententiam ferre. Hoc idem & vulgo recipiunt, cum de possessione agitur interdicto retinendæ possessionis: ubi sane absurdum est, eum qui se possessorem dicit ex interdicto, petitorio agere, quo modo agendo adversarium facit possessorem. Non idem probant, si de possessione agatur interdicto recuperandæ & adipiscendæ possessionis, ut si quis deiectus de fundi possessione experiatur interdicto *unde vi*, & idem se fundi dominum dicat; aut heres interdicto *quorum bonorum* de adipiscenda rerum hereditariarum possessione, quarum & idem se dominum esse dicat. Hic statuunt utrumque iudicium posse concurrere, ut quis agat & de possessione quam sibi restitui postulet, & simul de proprietate, de qua iudicio petitorio experiatur: ratione, ut videtur non improbabili, quia qui possessionem sibi restitui petit, is se non possidere confitetur, sed adversarium; cui intentioni nihil facit repugnans, cum & ab eo petit rem iudicio petitorio. Sed hanc sententiam falsam esse omnibus modis convincitur, sive quæratur de iure, quod de hac re constitutum habemus; sive quæratur huius iuris ratio; sive natura ipsa spectetur, atque conditio horum iudiciorum quæ illam sententiam ut absurdam & impossibilem repudiat. 4

Si de iure † quærimus, hæc generalis sententia tradita est in hac lege, item in *L. or-* 5

L. ordinarii, *supr. de rei vind.* possessionis quæstionem prius decidi oportere: ubi observandum est dici, decidi oportere, non quia de retinenda possessione agatur, sed tantum ideo, quia de possessione sit controversia. At possessionis controversia est etiam, cum interdictis recuperandæ, & adipiscendæ possessionis agitur, ut declarat divisio interdictorum in §. *seq. Inst. eod. tit.* Prius igitur & hæc controversia ex his interdictis nata decidenda est: Quod si de specie ipsius interdicti *Unde vi*, quod est recuperandæ possessionis, quæritur; res decisa est in *L. 1. supr. de ap.* Illic enim scriptum est, prius de possessione iudicari oportere, & de ea possessione, in qua crimen violentiæ excutiatur: quod non fit, nisi ubi interdicto *Unde vi* agitur ab eo, qui vi de possessione deiectus erat. Non additur: prius iudicandum esse, quam de proprietate agatur. Sed hoc necessario intelligendum est. Non enim potest dici, prius iudicari de possessione ex interdicto, nisi hoc *prius* ad alias res relatum sic intelligamus; ut iudicetur de possessione prius, quam agatur aut de vi criminali iudicio, aut de proprietate, aut de utroque. Cum autem nihil adiiciatur: utrumque intelligere debemus, nempe prius de possessione iudicandum esse, quam & de proprietate & de vi, de qua iudicio criminali agitur. *L. si quis infr. ad L. Iul. de vi publ.*

6 Si † ratio huius iuris quæritur, sententia istorum absurda est. Nam cum agitur interdicto recuperandæ aut adipiscendæ possessionis, non constat, uter ex litigatoribus sit possessor, aut certe uter pro possessore haberi, & commodo possessionis frui debeat, priusquam de possessione ex interdicto iudicatum sit. Ergo & prius de eo iudicari oportet, quoniam hoc non constituto, petitoria actio institui non potest. Et quidem hac ratione fatentur omnes in interdicto retinendæ possessionis prius de possessione iudicari oportere, ut sic ad petitorium iudicium perveniatur.

Et si negent, diserte scriptum est in *d. §. retinendæ*, *Inst. eod.* Ergo & in interdictis recuperandæ & adipiscendæ possessionis eadem ista ratione fateamur, necesse est, prius ex his interdictis de possessione iudicari oportere. Nec ad rem pertinet, quod qui petit, possessionem sibi restitui, vel de qua deiectus est, vel quam nunc primum adipisci vult, is se possessorem non esse confitetur, & adversarium possidere agnoscit, qui alioqui male ab eo peteret, ut possessionem restitueret. Hoc enim ita est, si spectetur id, quod videtur esse. Diversum est, si spectetur res & effectus iuris. Revera & iure is, qui deiecit, non videtur possidere, neque omnis, qui possessionem retinere non potest. *L. non videtur*, *de acq. pos.* Contra, qui deiectus est, & omnis omnino, qui ad recuperandam possessionem actionem habet, proinde habetur, quasi possideret. *L. si quis ut*, *D. de acq. poss.* *L. qui actione*, *D. de reg. iur.* Itaque sive is revera possidet, bene est, sive non possidet, tamen possessio & una possessionis commodum ei tribuendum est sententia iudicis. Quod si index ante omnia non facit, iure ab eo provocatur, *d. L. 1. supr. de appel.*

Postremo † ut de hac re nihil iure proditum esset, ut huius iuris rationem nullam teneremus; tamen ea est conditio istorum iudiciorum, possessorii dico & petitorii, ut natura non patiatur, ut quisquam his iudiciis simul experiatur. Primum iudicia inter se sunt pugnantia, & eiusmodi, ut quod actor uno consequitur, id altero repudiet. Nam possessionis controversæ finis & exitus hic est, ut qui possessorio agit, possessor iudicatus commodo possessionis fruatur. *L. exitus*, *D. de acq. pos.* *L. inter*, *de iud.* At petitorii iudicii hæc conditio est, ut qui eo experitur, petitoris onus in se suscipiat, simul possessionis commodum repudiet. *d. L. inter. de iud. d. §. retinendæ*, *Inst. de interd.* Nemo autem sanus ita simul aget, ut tam aperte seipsum excludat; denique pugnantia ut natura, sic iure non admittuntur. *L. ubi pugnantia*, *D. de reg. iur.* Verum fingamus hæc admitti a iudice: attamen res apud iudicem exitum habere non potest, ubi de possessione prius iudicatum non erit. Nam si actor in iudicio petitorio non probet se dominum esse, aut probet quidem, sed pares sint ab utraque parte probationes: iubetur, ut ante dixi, iudex reum eumdemque possessorem absolvere, adversarium damnare, *d. L. qui accus. supr. de eden. L. ult. sup. de rei vind. L. in pari*, *D. de reg. iur.* Hoc vero quomodo aut iure, aut natura iudex præstare potest, qui nesciat, uter ex litigatoribus sit possessor, ut petitor? Quid amplius volumus? Ut maxime hæc duo iudicia recipiantur; tamen uter natura vincat, petitori alterutrum inutile futurum. Sive enim is possessorio vincit, sive vincitur, semper ei possessorium inutile est. Nam etsi eo vincit; tamen ipse sibi inutile reddit, cum nihilominus petitorio experiatur, ubi possessoris commodum repudians, petitoris partes sustinet. Sin autem vincit prius petitorio, ei mul- 7

to

Digitized by Google

to magis possessorium est supervacuum. Petitorio namque consequitur possessionem fundi efficacius, quam possessorio, quia priore iudicio vincenti possessio amplius avocari non potest, *L. offic. de rei vind.*

8 Quod † si eodem tempore & de possessione iudicabitur & de proprietate, ita ut is qui agit, possessor pronuntietur, adversarius pronuntietur esse dominus: eveniet mirifica illa sententia, de qua est in *c. pastor. & in c. cum dilectus, de caus. prop. & poss.* nimirum, ut iudex iubeat reum possessionem restituere actori, qui possessor est: & simul eodem momento, eademque sententia iubeat eum ipsum actorem restituere possessionem reo, qui dominus est, & superior in iure proprietatis. *Quæ sententia non* (*) *tam est iniqua & absurda, quam ridicula & derisoria.* Est enim festivus iudex, qui dicit, se actori possessionem tribuere, quam non tribuit. Non enim videtur pervenire, quod mansurum non est; & præsertim, si statim id aufertur, quod datum erat. *L. aliud est capere, D. de verb. sig.* Itaque hic ridetur magis actor, quam ei quidquam tribuitur. Quamquam hæc sententia est absurda, cum eumdem reum possessionem retinere vetat, & tamen habere iubet. Est etiam contra ius: quoniam actor dolo facit, qui petit possessionem, quam statim & momento restituturus est. *L. dolo, de dol. mal. except.* Iniquum igitur statuit iudex, qui hunc dolum sententia sua tuetur. Et tamen verbis tantum tuetur, effectu autem ridet. Summa sit hæc, cum ex interdicto recuperandæ & adipiscendæ possessionis actor possessionem, & simul possessionis commodum consequi debeat: hoc illi ante omnia sententia iudicis tribuendum esse, lite possessionis prius decisa. Id nisi fiat, iure ab eo appellari posse.

Cum sit hæc sententia adeo certa, &, ut videtur, explorata, operæ pretium est cognoscere, quid fuerit Martino, & reliquis hunc secutis caussæ, ut eam repudiarint.

9 Movit † eos præcipue *L. cum fundum. §. ult. D. unde vi.* Illic scriptum est eum qui fundum vindicavit, pendente adhuc iudicio vindicationis, quod petitorium iudicium, & de proprietate appellamus, hoc inquam iudicio pendente, posse interdicto *unde vi* experiri, nempe de possessione eius fundi, de qua actor deiectus erat. Ex quo colligunt, simul eumdem utroque iudicio experiri posse, & possessorio & petitorio. Gravis sane obiectio, & digna in primis, cur a iure tam manifesto, quam supra dictum est, discederent. Atqui perspicuum est, nihil hic plane contrarium dici superiori sententiæ. Non enim dicitur eum, qui interdicto experitur, sic experiri; ut simul & interdicto, & rei vindicatione agatur. Sed nec ex eo, quod dicitur, interdicto agi posse pendente vindicatione, idcirco colligitur etiam una & rei vindicatione agi eodem tempore: cum possit actor interdicto experiri omissa vindicatione, quam instituerat. Et vero ita fieri debere intelligendum est. Nam cum dicitur, pendente vindicatione interdicto agi posse, etiam dicitur agi de possessione. Quod si agitur de possessione, res certi iuris est possessionis controversiam prius decidi debere, non novo aliquo & nuper constituto iure, sed iure ordinario, ut est in *L. ordinarii, sup. de rei vind.* idest, iure solemni vetere, & iam olim constituto, atque usurpato. At dicunt: illic non dicitur, *pendente iudicio rei vindicationis, & omisso, sive intermisso.* In promptu responsio est: non dicitur, fateor; sed etiam non negatur. Præterea non sic dicitur: interim agi posse interdicto, ut simul rei vindicatione agatur, & de ea cognoscatur. Itaque hoc, an ita interdicto agi possit, ut coniunctim & de possessione ex interdicto & de proprietate iudicio possessorio agi possit, an vero de possessione separatim tantum: hoc, inquam, eo loco non attingitur, sed in medio relinquitur. Proinde relictum ex regulis iuris certi, quæ alibi traduntur, diiudicandum est. Sunt autem hæ, quas dixi, prius decidi oportere possessionis caussam.

Quod † si verum est, consequens est, 10
si prius de proprietate actum esset, petitorium iudicium interim pendere & cessare debere, donec de possessione iudicatum fuerit. Quapropter si quis in *d. L. cum fundum §. ult.* illa verba, *pendente iudicio*, interpretetur, suspenso iudicio rei vindicationis, & ad aliquod tempus omisso, fortasse non erraverit: quod tamen, ut verba illa non significent; nihilominus ex aliis locis intelligi oportet.

Ex † quo etiam intelligi potest quid re- 11
spondeamus ad id, quod vulgo quærunt
ad

(*) Calore quodam ingenii nimio abripitur non raro Donellus, ut hic: ubi cumulationem possessorii & petitorii, qualis probatur a Pontifice Innocentio III. iuris consultissimo, in Cap. *Pastor*, & C. *Cum dilectus extr. de caus. prop. & poss.* vocat invidioso verbo *absurdam* & *ridiculam*; sed quam iniuria, ostendit Emiman. Gonzalez in *d. Cap. dilectus.* ubi & videas plurimos magni nominis iurisperitos stare pro Innocentio, illiusque probare responsum.

ad *L. natural. §. nihil commune, D. de acq. poss.* quod tam multis paginis Bartolus & cæteri omnes expedire adhuc non potuerunt. Nam cum illic diceretur, eum, qui cœpit rem vindicare, posse nihilominus interdicto *uti possidetis* de possessione experiri, idque ita omnes acciperent, ut faterentur simul cum eo possessorio non posse agi petitorio, sive rei vindicatione prius instituta: ideo quærunt, quid igitur interim petitorio fiat, cum ista concurrere in hac caussa non possint.

Et respondent eum, qui interim interdicto *uti possidetis* experitur, petitorio renuntiare aut aperte, aut tacite; aut etiam intelligendum, finitum prius esse petitorium, quam possessorio ageretur. Utrumque falsissimum. Qui interdicto *uti possidetis* experitur, non magis petitorio renuntiat, quam is qui petitorio prius egerat, sive rem vindicare cœperat, intelligitur renuntiare possessioni. Nihil enim commune habet proprietas cum possessione, ut illic dicitur: quo significat Ulpianus, cum harum rerum iudicia diversa sint, si quis experitur, non ideo eum alteri renuntiare. Multo minus intelligendum est in specie illius loci, finitum fuisse petitorium, vel rei vindicationem Nam ita verba sunt, non denegari ei interdictum *uti possidetis* qui cœpit rem vindicare. Qui cœpit, non finivit. Cœptum igitur iudicium, non finitum est. Quid ergo, inquam, petitorio iudicio fiet, cum non possit cum possessorio concurrere? Respondebimus, quod supra: nempe interim omittetur rei vindicatio, donec de possessione iudicetur. Neque probatio huius rei longe petenda est: subministratur enim aperte ex hac *L. incerti* & similibus, cum dicitur, *possessionis controversiam prius decidi oportere*. Non potest decidi prius, nisi interim iudicium petitorium conticescat, ad quod non nisi constituta possessione perveniri potest.

12 Hoc † loco obiicitur *auth. qui semel, sup. quom. & quan. ind.* Illic scribitur, *eum, qui semel actionem instituit, debere usque ad finem litem exercere*. Quo evinci putant, vindicationem institutam omitti non posse. Sed hoc iure offendi non debemus. Qui interdicto possessione experitur pendente rei vindicatione & interim persecutionem petitorii omittit, is non recusat litem exercere de proprietate, sed recusat in ea lite partes petitoris sustinere, ac se commodo possessoris frui vult, id quod iure postulat, cum sit possessor, nec possessioni renuntiaverit vindicando. Licet etiam hoc modo respondere: quod dicitur in *auth. qui semel*, eum qui actionem instituit, actionem ad extremum exercere debere: sic accipiendum est, *nisi sit iusta caussa, cur actionem cœptam omittat*. Quæ interpretatio probatur ex sequentibus verbis illius authenticæ. Subiicitur enim postea, *si is, qui actionem instituerat, litem non exerceat, rem iudicandam esse, præsente adversario, auditis eius allegationibus & cognita veritate:* idest, ita iudicari debere secundum præsentem, si iure id fieri oporteat, & agenti nullum ius sit. At tunc secundum præsentem adversarium iudicari non oportet, ubi non constat eum possessorem esse. Non constat autem, ubi is, qui rem vindicare cœperat, interdicto de possessione experitur. Nihil igitur prohibet neque ex vetere neque ex novo iure, quominus Is, qui rem vindicare cœperat, pendente iudicio de possessione, aliquo interdicto experiatur, & interim suspendatur rei vindicatio. Neque ideo actor in expensas litis condemnandus est, qui rei vindicationem institutam omittit. Is enim in expensas litis condemnandus est, qui temere litigavit. *L. eum quem temere, D. de iud.* Nihil autem temere facit actor, qui cum illi & petitorium & possessorium competant, his diversis temporibus utitur, cum vult. Huc pertinet regula iuris, nullum videri dolo facere, qui suo iure utitur. *L. nullus, D. de reg iur.*

Hoc iure constituto, possessionis litem prius decidi oportere, quæsitum est, quomodo decideretur. Aiunt Imperatores decidi oportere competentibus actionibus. Sensus est: ita decidi oportere, ut sunt interdicta, sive actiones, quibus de possessione nobis asserenda agitur, sive quæ de ea re nobis competunt. Quod propterea dicitur, quia non unum genus est possessionis quam nobis asserimus. Est enim possessio, quam penes nos esse dicimus, quam nobis volumus retineri. Est possessio, quæ nobis abest, sed quam vel adipisci, vel recuperare amissam volumus. *L. 1. §. 1. & 2. uti poss.*

De † unoquoque genere, suæ sunt actiones, sive interdicta, quæ non eandem petendi caussam habent. Hoc igitur sentiunt Imperatores, litem possessionis decidi oportere, uti erunt interdicta, sive actiones, quibus aut retinendæ possessionis caussa agitur, aut adipiscendæ, aut recuperandæ, *§. sequens, Inst. eod* Etiam actiones ordinariæ interdum de possessione competunt ex quibusdam caussis; ut condictio indebiti de possessione indebita alii tradita, ut condictio furtiva de re furtiva; ut condi- 13

ctio

ctio sine caussa, & triticaria de possessione fundi, de quo deiecti sumus, *L. indeb. §. 1. de cond. indeb. L. 1. in fin. cum L. seq. D. de cond. trit.* Itaque his etiam cum agetur, ex earum natura aestimandum erit, quomodo lis possessionis decidatur.

Hoc posito, occurrebat hoc loco haec dubitatio. At isto modo non poterit lis possessionis expediri; quia nullae sunt competentes actiones de ea re, aut certe perpaucae. Nam de possessione interdicta competunt. Porro interdicta in extraordinariis iudiciis locum non habent. Huic dubitationi occurrunt Imperatores, in extremo, & rem expediunt hoc modo.

14 Interdicta, † idest, formulae quibus olim concipiebantur interdicta, sane hodie locum non habent, sed res interdictorum mansit. Nam res agitur actionibus exemplo interdictorum, idest, actione petet unusquisque, ut sibi possessio defendatur, ut sibi possessio, quam non habet, restituatur ex iis caussis, ex quibus interdicta iisdem de rebus competerent. Et tantum consequetur actor, quantum consequeretur, si interdictis retinendae, adipiscendae, aut recuperandae possessionis expertus esset. Unde actio, quae de possessione nunc competit, utilis dicitur, *§. ult. Inst. eod.* quoniam omissis interdictorum verbis sententiam interdicti, idest, rem & effectum retinet.

15 Sed † cur interdicta hodie locum non habent? Quia iudicia hodie sunt extraordinaria, ut significant Imperatores his verbis; *interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habeant:* quae nisi explicentur, locus commode intelligi non potest. Primum hoc statuendum est, hodie iudicia esse extraordinaria & quidem iis temporibus quibus vixerunt Iurisconsulti ac non tantum Imperatores Diocletianus & Maximianus auctores huius rescripti. Extraordinaria fuerunt, non unum aliquod, sed omnia, *§. ult. Inst. eod.* Extraordinaria dicta, cum olim essent ordinaria, ut est *in tit. Inst. de success. subl. in pr.* Ordinaria iudicia olim dicta sunt ex eo, quod certo tantum anni tempore, & constituto, idque certo ordine & forma exercerentur: quod tempus dicebatur conventus, ut Theophilus docet ad eum tit. *Inst. de success. subl.* & ad *§. eadem, Inst. quib. ex cau. manu. non lic.* Recte hoc modo iudicia ordinaria. Nam in usu veterum ordo dicitur forma & ratio, sive mos rei gerendae certus & solemnis, idemque iam olim constitutus: quod quae certa sunt & constituta, ea certo ordine constant & administrantur. Hoc sensu dicitur ordo iudiciorum publicorum exercendorum exolevisse; *L. ordo, D. de pub. iud.* Hoc sensu ius ordinarium, idest, certum & usitatum, *L. ordinarii, sup. de rei vind.* Hinc feriae extraordinariae solemnibus oppositae, *L. sed etsi, §. si feriae, D. ex quib. cau. maior.* Hac ratione dicta exsecutio ordinaria, cum iudicio de iure nostro agitur. Contra cum praetor vi & manu decretum suum exsequitur, dicitur extra ordinem exsequi, *L. 3. D. ne vis fi. ei qui in poss. miss. est.* Nempe quia ratio usitata & solemnis iuris nostri persequendi haec est, ut iudicio experiamur, *L. 1. sup. de exse. rei iud.* Recte ergo iudicia ordinaria appellata, quae certo & stato tempore atque ordine exercentur. A quo ordine cum discessum est, quod tunc factum est, cum coeperunt quovis tempore iudicia exerceri: recte dicta sunt exerceri extra ordinem, quia praeter morem veterem & usitatum. Ut autem in tempore a vetere ordine discessum est: sic discessum est ab ordine iudiciorum exercendorum, ut ambages verborum & circuitus non necessarii in iudiciis exercendis omitterentur, *tit. de suc. subl. in Inst.* Hinc conceptio formularum in iudiciis observari desiit; quod & Pauli temporibus valuit, *L. antepen. D. de neg. gest.* Ius deinde renovatum, & constitutum apertius lege Constantini, *L. 1. sup. de for. & imp. act. sub.* In hoc genere erant interdicta, quae constabant formulis & conceptionibus verborum, *Inst. de interd. in pr.* Ex his iam intelligimus, cur dicantur hoc loco interdicta in iudiciis, quae nunc extraordinaria sunt, *proprie* locum non habere. *Proprie* adiectum est, quia interdictorum conceptiones locum non habent; vis ipsa, & effectus interdictorum manet.

Ad L.

Ad L. ult.

Impp. Arcad. & Honorius AA. Æmiliano *Præfecto prætorio*.

Si quis quodlibet interdictum efflagitet ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia, actionem exprimere, ac suas allegationes iubeatur proponere. Dat. XIII. Kal. Aug. Constantinop. Arcadio A. VI. & Probo Coss.

S U M M A R I A.

1. *Ambages interdictorum hæ: formulæ verborum, deductiones in rem præsentem, impetratio actionis ex caussa interdicti.*

2. *Ambages interdictorum hac lege ita sublatæ ut interdictum ne postulare quidem hodie liceat.*

1 AMbages † interdictorum hic nominantur, non solum, quod interdicta formulis verborum non necessariis constarent; sed etiam quod impetrato & reddito interdicto deductiones quædam in rem præsentem more fieri solent, ubi possessio restitueretur, aut declaret reus se vi abstinere, vim possidenti non facere; ut colligere licet ex *oratione Cic. pro Cæcin.* Hic si interdicto prætoris paritum non esset, tunc denique impetrabatur actio adversus eum, qui non paruisset, quæ ex caussa interdicti reddebatur, ut significatur in *§. ult. Inst. de interd.* quæ bene & erudite annotata sont a Barone *ad tit. de interd. in pr.* Hos circuitus & has ambages inutiles esse perspicuum est. Itaque his sublatis statim iubetur actor actionem suam de possessione proponere. Sed cum hæ ambages iam ante observari desiisent, ut declaratur lege præcedente, quid opus fuit hac constitutione?

Hoc † videtur hæc constitutio adiecisse: nam ante interdicta non observabantur, idest, non necesse erat observari: si quis tamen interdicto experiri vellet, non prohibebatur; ut res hæc videretur relinqui libera, utrum quis interdictum postularet, an non postularet. Hac constitutione res in necessitatem iuris translata est, ut si quis interdictum postulet, non audiatur. 2

AD TITU-

AD TITULUM II.

QUORUM BONORUM.

Ad L. Hereditatem. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Iusto.

Hereditatem eius quem patrem tuum fuisse dicis petiturus, iudicibus qui super ea cogniturі erunt, de fide intentionis allega. Quanvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto Quorum bonorum, *non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, & ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris. PP. VIII. Kalend. Ianuar. Laterano & Rufino Coss.*

Ad L. Si ex edicto. 2.

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. & CC. Marco.

Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, recte petita bonorum possessione quaesisti successionem, ac negocium integrum est: quae cum moreretur, eius fuerunt, secundum interdicti, Quorum bonorum, *tenorem, ab his qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint quo magis desierint possidere, tibi rector provinciae restitui efficiet. PP. VI. Kalend. April. CC. Coss.*

Ad L. Constat. 3.

Impp. Arcad. & Honor. AA. Petronio vicario Hispan.

Constat virum a bonis intestatae uxoris superstitibus consanguineis esse extraneum: cum prudentium omnia responsa, & lex ipsa naturae successores eos faciant. Ergo iubemus, ut omnibus frustrationibus amputatis, per interdictum Quorum bonorum *in petitorem corpora transferantur: secunda actione proprietatis non exclusa. Dat. VI. Kalend. August. Mediolan. Olybrio & Probino Coss.*

SUMMARIA.

1. *Pand. Florentinarum lectio in interdicto* Quorum bonorum *emendata. & num.* 13.
2. Quorum bonorum *interdictum propositum ei, cui ex edicto praetoris bonorum possessio data est: & hoc totum quid sit, quidque hodie contineat.*
3. *Non omnibus heredibus* quorum bonorum *interdictum competere, sed solis, qui apud magistratum bonorum possessionem agnoverunt.*
   L. 1. C. hoc tit. *exponitur, ibidem. & numer.* 6.
4. Quorum bonorum *interdictum ideo necessarium esse ad rerum singularum possessionem adipiscendam, quia hanc bonorum possessio data non tribuit.*
5. *Non sufficere ad hoc interdictum bonorum possessionem datam, sed probari oportere ex iusta & vera caussa datum.*
6. *Hoc interdictum competere de rebus hereditariis non solum, quae nunc tales sunt, sed etiam quae a possessore usucaptae sunt; explicantur illa verba interdicti* possideresve, si nihil usucaptum esset.

7. *Pro herede possidentem non aliter usucapere posse res hereditarias, quam si iustam caussam habeat existimandi se heredem.*
8. *Hoc interdictum cur de re hereditaria a possessore usucapta adversus dominum, & eum, qui actionem & exceptionem de re habeat.*
9. *Hoc interdictum solum adversus corporum hereditariorum possessores, non etiam adversus debitores hereditarios, aliter atque petitio hereditatis datur: & differentiæ ratio.*
10. *Hoc interdictum cum persequatur res singulas, quid sit, quod dicitur in* L. 1. D. hoc tit. *referri id ad universitatem bonorum, non ad res singulas.*
11. *Interdictum dari adversus eum solum qui pro herede prove possessore, non etiam justo titulo possideat, & cur.*
12. *Hoc interdictum competere etiam adversus eum, qui dolo desiit possidere.*
Tenor interdicti quid sit in L. 2. C. hoc tit. *ibid.*
13. *Hoc interdictum ad hoc competere, ut quod de hereditate possidetur, restituatur, idest, præstetur actori.*
14. *Petitionem hereditatis, & hoc interdictum competere de iisdem rebus, iisdem personis, & adversus easdem personas: sed interdictum ad possessionem adipiscendam una in re commodius unde & comparatum.*

OMissis iis interdictis, quæ sunt de rebus sacris, religiosis, publicis, quæ proponuntur in Pandectis, solum hic traduntur interdicta de rebus privatis: eaque sequuntur deinceps, initio facto ab iis, quæ sunt restitutoria, & adipiscendæ possessionis, ut fert ordo divisionum interdictorum, quæ traduntur *in* §. 1. *& seq. Inst. de interd.*

1 Interdictum † *quorum bonorum*, quod hic primum proponitur, exstat in *L.* 1. *D. eod.* In quo cætera recte scripta sunt in Pandectis Florentinis, illud non recte: *quod quidem dolo malo fecisti* legendum est enim, ut in aliis exemplaribus: *quodque dolo malo fecisti*, vel *quodque item dolo malo fecisti*, ut in partibus huius interdicti explicandis suo loco pluribus ostendemus. Complectitur id interdictum quatuor, quæ ad naturam eius pertinent; quibus expositis, simul & natura & vis interdicti, & rescripta huius tituli, quæ easdem partes confirmant, intelligentur. Sunt igitur in hoc interdicto hæc quatuor; Cui detur; Quibus de rebus; Adversus quos; Cuius rei gratia, sive quid in condemnationem huius iudicii veniat.

2 Primum † proponitur interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est. Bonorum possessionem cum dicimus, bonorum hereditatem & patrimonium defuncti intelligimus: *possessionis* verbo ius eius patrimonii retinendi, persequendique *L.* 3. *in pr. D. de bon. poss.* Bonorum possessionem olim dabat prætor, cum ei, cui ex edicto prætoris delata erat bonorum possessio, petenti & agnoscenti prætor dicebat se bonorum possessionem dare. Hodie ut quisque apud magistratum testatus est se hereditatem alicuius ex aliqua caussa amplecti & agnoscere, bonorum possessio ei data intelligitur. Annuit enim magistratus; annuendo intelligitur admittere petentem; admittendo possessionem dare, ut est constitutum *L. ult. supr. qui adm. ad bon. poss. pos.* Dare possessionem bonorum ex edicto, est dare possessionem bonorum secundum edictum prætoris, idest, ex ea caussa, ex qua prætor edictis suis pollicetur se bonorum possessionem daturum: cuiusmodi caussæ sunt, ex testamento quidem, secundum tabulas, & contra tabulas testamenti; ab intestato autem, unde liberi, unde cognati, unde vir & uxor, §. *sunt autem, Inst. de bon. poss.*

3 Cum † hoc interdictum proponitur ei, cui bonorum possessio ita data est, ex eo intelligimus competere quidem hoc interdictum heredibus aut iis, qui vice heredum sunt; non tamen omnibus, sed iis duntaxat, qui apud magistratum bonorum possessionem agnoverunt, ut intelligatur prætor possessionem singularum rerum ei soli promittere, cui prius ex edicto hereditatis, sive honorum possessionem dedisset. Est quidem in *L.* 1. *hoc tit.* hoc interdictum dari ei, qui probaverit se aut ad hereditatem, aut ad bonorum possessionem admissum esse: quæ verba vulgo sic acceperunt, ut hoc interdictum non minus detur heredibus hoc ipso, quod heredes exstiterunt, quam bonorum possessoribus, agnita apud magistratum bonorum possessione: quanvis concedant heredibus solum competere utile. Sed non recte his verbis adversus superiorem sententiam moventur. Nam & is honorum possessionem agnoscere intelligitur, qui dicitur ad hereditatem admitti. Is enim admittitur ad hereditatem, qui admittitur a magistratu, apud quem quis testatur se hereditatem amplecti. Hoc autem testari apud magistratum annuente magistratu, est possessionem bonorum agnoscere & accipere, *L. ult. sup. qui ad bon. poss. admit. pos.* Tantum hoc interest inter eum, qui ad hereditatem admittitur, & qui admittitur solum ad bonorum possessionem, quod heres verus sic admittitur ad bonorum pos-

ses-

sessionem, ut etiam admittatur ad hereditatem, qui revera heres erat. Is autem, qui iure civili heres non est, admittitur duntaxat ad bonorum possessionem. Sic fit in summa, ut non alii detur hoc interdictum, quam ei, qui apud magistratum bonorum possessionem agnoverit.

4 Sed † si bonorum possessio alicui data est, quid opus est hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam? Eo opus est, quod bonorum possessio iuris, idest, hereditatis tantum possessionem tribuit, corporum possessionem & detentionem non tribuit, *L. 3. D. de bon. pos.* Hæc igitur adhuc restat. Ea est, quæ hoc interdicto petitur, *L. ult. hoc tit.*

5 Hactenus † verba interdicti solum hoc exigere videntur, ut data bonorum possessio sit ei, qui hoc interdicto experiri volet. Sed adiicitur in *L. 1. hic*, quod sit ad interdictum interpretationis vice: ita demum scilicet hoc interdictum competere ei, cui bonorum possessio data est, si etiam cum effectu sit data: idest, si ea caussa, ex qua bonorum possessio data est, vera sit, ut intelligamus eum, qui hoc interdicto experiri velit, duas res suscipere & probare debere, primum se ad bonorum possessionem admissum; deinde admissum ex ea caussa, quæ ut iusta, ita sit etiam vera. Id in *d. L. 1.* declaratur hoc exemplo. Filius testamento patris præteritus est: is bonorum possessionem contra tabulas agnovit, ut ius est, *§. sunt autem, Inst. de bon. possess.* Non poterit hoc interdicto uti, nisi se & bonorum possessionem accepisse, & filium defuncti esse probaverit; ex qua caussa videlicet bonorum possessionem agnoverat. Quo exemplo idem de aliis caussis cæterarum bonorum possessionum dicendum est: utputa, qui bonorum possessionem agnovit *secundum tabulas testamenti*, probare debet testamentum esse, & id iustum: qui agnovit bonorum possessionem, *unde agnati*, probare debet se proximum agnatum esse. Idemque de similibus iudicandum est. Is probat se filium esse, qui probat se ex uxore defuncti natum, *L. filium, D. de his, qui sui, vel al. iur.* Quod si quis vulgo talis habeatur, is necessitate probationis liberatur, quasi qui sit in eius iuris possessione, *argum. L. non nudis, supr. de prob. L. quidem, D. de prob.*

6 Cui, † detur hoc interdictum, dictum est. Sequitur, quibus de rebus competat. Id expressum est illis verbis interdicti, *quod de his bonis pro herede, aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.* Quorum verborum hic sensus: *restituas, quod de his bonis possides pro herede, aut pro possessore.* Item, *& quod pro herede prove possessore non possides; possideres tamen pro herede prove possessore, si a te usucaptum non esset.* Quibus in summa declaratur hoc interdictum competere de iis quidem bonis, quorum possessio data est, id est, quæ fuerunt hereditaria, eum defunctus mortuus est; sed id dupliciter. Non enim tantum competere de his rebus, quæ hereditariæ fuerunt, & etiam nunc in eadem caussa manent (hæ sunt, quæ possidentur a te pro herede prove possessore) sed etiam de iis, quæ prius quidem fuerunt hereditariæ, nunc autem a te usucaptæ sunt, quæ iam a te non possidentur pro herede prove possessore: eum privato titulo, id est, pro suo possideantur, *L. hereditatem sup. in quib cau. cess. long. temp. præs.* sed tamen sunt eiusmodi, quæ pro herede prove possessore a te possiderentur, si a te usucaptæ non essent.

At † enim quomodo quid ex his rebus 7
a te usucapi potest, quod ante impletam usucapionem isto titulo possidebas? Etenim qui pro herede possidet, is vero titulo non possidet. Is namque dicitur pro herede possidere in hoc interdicto, qui revera heres non est; sed putat se esse, ut postea dicemus. Ita hic titulus, ut dixi, verus non est. Nihil porro usucapi potest, nisi quod vero titulo possidetur: quam ob caussam etiam receptum est, eum, qui pro herede hoc modo possidet, usucapere non posse, *L. ult. sup. pro hered.* Sed hoc sic acceptum est: nisi is, qui pro herede possidet, iustam caussam habeat existimandi se heredem esse, ut & in cæteris titulis non veris receptum est; *L. non solum, §. 1. versic. hoc amplius, D. de usuc. L. quod vulgo, D. pro empt. L. ult. D. pro suo.*

Finge igitur hoc modo: cum pater filium peregre profectum haberet, certis nuntiis allatum est, illum esse mortuum. Ita cum se putaret filium non habere, extraneum heredem instituit. Is heres eodem errore se vere heredem putans bona hereditaria possedit. Si iusto tempore possederit, usucapiet. Hic nos dicimus, quamvis heres in hoc errore res hereditarias usuceperit; tamen filium reversum, si bonorum possessionem agnoverit contra tabulas patris, etiam de his usucaptis rebus hoc interdicto experiri posse. Sed obstant huic sententiæ duo.

8 illud † primum, quod petitio hereditatis non datur adversus eum, qui iusto titulo & privato possidet, *L. hereditatem, sup. in quib. causs. cess. long. temp. præs.* Atqui qui usucepit, iure dominus rei effectus est. Quam ob causam maxime iusto & privato titulo possidet, *Inst. de usuc.* Ex quo effici videtur, neque hoc interdictum adversus eum dari debere. Alterum est, quod nulli res sua auferri debet, *L. id quod nostrum, D. de reg. iur.* ne ei quidem, qui usuceperit. Nam etsi is rem usucaptam non possideret; tamen ad eam persequendam actionem haberet, *L. in rem, D. de rei vind.* Quare si rem a se usucaptam possidebit: multo magis exceptionem habebit ad eam retinendam, *L. invitus, §. 1. D. de reg. iur.* Denique hæc ipsa definitio eius rei, quæ est in bonis nostris: ut sit ea, quam possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus, *L. rem in bonis, D. de acq. rer. dom.* Et ut vera sunt, ita admittenda essent hæc omnia, si in hoc interdicto constaret eum, eum quo agitur, rem hereditariam aliquam usucepisse. Sed neque hoc constat, neque adeo in hoc interdicto constare potest: nam si possessor hac exceptione utatur; rem, quam tibi restitui vis, usucepi: possedi enim pro herede, sed probabilis error meus fuit, cur putarem me heredem; hac, inquam, exceptione si utatur: exceptio obscurior est, & quæ altiorem quæstionem habeat. Huius generis exceptiones in præparatoriis iudiciis non admittuntur, sed differuntur in iudicium directum proprietatis, *L. 3. §. ibidem, D. ad exhib.* Multo minus recipiendæ sunt in iudicio, quod est de momentaria possessione. Sic enim vocant interdicta, *L. momentariæ, inf. unde vi.* Neque hoc modo fit iniuria actori: cui de possessione victo nihilominus caussa proprietatis integra relinquitur, *L. unica, sup. si de momen. poss. fuer. appel. L. ult. in fin. hoc tit.*

Tertium sequitur, adversus quos detur hoc interdictum. Datur autem adversus duo hæc genera possessorum, primum adversus eum, qui pro herede, prove possessore possidet aliquid de iis bonis, de quibus agitur, ut interdicto expressum est his verbis, *quod de his bonis possides.* Pos-
9 sidendi † verbum si ad hereditatem aut bona refertur, iuris possessionem intelligemus, ut sit, eum nominatur bonorum possessio, *L. 3. in pr. D. de bon. poss.* Nunc eum referatur ad res singulas, quæ de his bonis possidentur: servata hic est propria possidendi significatio, qua res solum corporales continentur, *L. servus, §. incorporales, D. de acq. rer. dom.* Unde placuit solam corporum restitutionem in hoc interdictum venire; non etiam competere interdictum adversus hereditarios debitores, tametsi hi quasi iuris possessores habeantur, *L. ult. infr. L. 2. D. eod.* Atqui petitio hereditatis adversus debitores hereditarios datur, *L. regulariter, L. nec ullam, §. ult. L. quod si in diem, §. Iulianus, D. de pet. her.* Cur igitur non datur & hoc interdictum, cum interdicto de re non usque adeo magni momenti agatur? Differentiæ ratio est, quod in petitione hereditatis constat eum, qui agit, heredem esse: neque enim aliter vincit, quam si se talem esse probaverit. Æquum vero est heredi solvere debitores hereditarios. At in interdicto *Quorum bonorum* is, qui agit, non plene probat se heredem, aut bonorum possessorem esse, ut mox dicetur. Proinde ne illud quidem æquum in hac incertitudine ei solvi, qui heres non sit: quia solvendo non possessio tantum pecuniæ in eum transfertur, sed etiam dominium.

Datur † interdictum adversus eum, qui 10
possidet *quid de his bonis*: Ergo non tantum adversus eum, qui res omnes hereditarias possidet, sed etiam, qui unam aliquam etiam minimam, ut de petitione hereditatis placet, *L. regulariter, & L. licet, D. de pet. her.* Non est contrarium, quod scribitur in *L. 1. D. eod.* hoc interdictum referri ad universitatem bonorum, non ad res singulas. Hoc enim sic accipiendum est: si persona agentis spectetur; diversum, si spectetur is, cum quo agitur. At enim nihil distinguitur, dicet aliquis. Sed ex ratione iuris necessario id intelligendum est. Nam cum de conditione actionis agitur, eam metiri oportet ex iure eius, qui agit, non eius, eum quo agitur, ut de hoc ipso genere actionis nominatim traditum est in *L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.*

Datur † Interdictum non adversus quem- 11
libet possessorem, sed adversus eum, qui pro herede aut pro possessore possidet, id est, qui nullo titulo possidet. Nam is dicitur hoc loco pro herede possidere, qui se dicit heredem, cum non sit, sive sciat se heredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam causam possidendi habet aliam, quam quod possidet, unde nomen natum: hæc in *L. pro herede, & L. seq. D. de pet. her. §. sequens. Inst. de interd.* Adversus eum autem, qui iusto aliquo titulo possidet, hoc inter-

interdictum non datur, non magis, quam hereditatis petitio, *L. hereditatem, sup. in quib. caus. cess. long. temp. praes.* Merito: non enim si quis heres est, & res, de qua agitur, hereditaria, continuo heres est dominus. Nam & res pignori datæ defuncto, & bona fide ab herede possessæ hereditariæ sunt, *L. item veniunt, D. de pet. her.* neque ideo heres earum dominus est. Iniquum est autem eum, qui dominus non sit, aut certe quem dominum esse non constat, rem domino auferre, aut ei, qui pro domino rem bona fide & iusto titulo possideat, *L. ult. D. de publ.* Addita est exceptio in interdicto; præterquam si quis usuceperit, quod prius pro herede possidebat: cuius exceptionis rationem supra reddidimus.

12 Est † alterum genus eorum, adversus quos hoc interdictum datur: est autem eorum, qui dolo fecerunt, quominus pro herede prove possessore possiderent. Quod illis verbis comprehensum est, *quodque item dolo malo fecisti, uti desineres possidere*, quæ verba in interdicto ita restitui debere initio monuimus: quod non obscure declaratur in *L. 2. hoc tit.* ubi scriptum est, hoc interdictum propositum esse adversus eos qui pro herede, prove possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desinerent possidere. Et nominatim adiicitur, hunc esse tenorem interdicti, idest, hæc interdicto teneri, seu contineri. Et vero consentaneum est omnibus regulis iuris; quibus efficitur, ut quæcunque actiones, quæcunque interdicta adversus eum dantur, qui possidet, dentur etiam adversus eum, qui dolo desiit possidere, ut sit par utriusque causa, *L. qui petitorio, D. de rei vind. L. parem, L. qui dolo, D. de regul. iur.* Illa autem verba, quæ sunt in Pandectis Florentinis: *quod quidem dolo malo fecisti*, penitus delenda sunt ex libris nostris. Habent enim aperte non tantum sententiam falsam, sed etiam absurdam. Hoc enim exprimunt, si quidem dolo fecisti, ut desineres possidere, ut sit in illis verbis conditio. At hoc certo statui debet, quisquis rem hereditariam pro herede, prove possessore possidet, eum teneri hoc interdicto sine ulla conditione. Tum autem conditio est stulta & absona; quia naturæ adversatur. Perinde enim valet, quasi diceretur: restituas quod possides, si modo desiisti possidere.

13 Quod † reliquum est, datur hoc interdictum huius rei gratia ut quod de bonis hereditariis possidetur, ut supra dictum est, id restituatur petitori, idest, in petitorem transferatur, ut est in *L. ult. hic.* Restituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ a nobis prius profecta nobis restituuntur. Sed interdum & de iis accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur, *L. verbum reddendi, D. de verb. sig.* quod fit in hoc interdicto. Non enim petit heres eas res, quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Unde interdictum est, ut restitutorium, sic adipiscendæ possessionis, *L. in fin. D. eod.*

His † de interdicti, atque huius tituli 14
sententia cognitis, non abs re quæritur, quid opus fuerit hoc interdicto; cum videatur ad possessionem rerum hereditariarum adipiscendam sufficere petitio hereditatis, iudicium & plenius & efficacius, quam hoc interdictum. Nam petitio hereditatis datur adversus omnes, qui pro herede, prove possessore possident; neque tantum corporum possessores, sed etiam debitores hereditarios, *L. regulariter, L. nec ullam, D de pet. hered.* Sed & possessio, quam eo iudicio obtinemus, a nobis avocari non potest ei, quem vicimus. Nec maiora onera esse videntur in petitione hereditatis, quam in hoc interdicto, nam in petitione hereditatis qui agit, probare debet se esse heredem. At idem probare debet, qui hoc interdicto experitur, *L. 1. hoc tit.*

Quare non abs re videri possit hoc interdictum inutile esse & otiosum. Dicendum est, cætera in petitione hereditatis esse pleniora & commodiora. Unum in hoc interdicto esse commodius, rationem probandi. Nam in petitione hereditatis, si quis se filium defuncti esse contendat, exempli gratia, eoque heredem patris: non tantum probare debet se esse filium defuncti, sed etiam si ex adverso dicatur eum ex illo non esse natum, puta aut eam, ex qua natus est, uxorem defuncti non fuisse, aut si uxor fuit, a defuncto concipi non potuisse: exceptiones sunt, de quibus in eo iudicio quæri oportet. Est enim petitio hereditatis directum iudicium: quo in genere plena inquisitio requiritur, *L. iudices, sup. de iud.* In interdicto autem satis est, si quis se primo filium esse ostenderit in speciem, cui si contra obiicientur exceptiones superiores, hæ in hoc iudicio non admittuntur, sed differuntur in directum iudicium petitionis hereditatis, ut supra docuimus. Quare hoc interdictum ad possessionem adipiscendam commodius; in eo brevior & expeditior via ad possessionem adipiscendam.

AD TITU-

AD TITULUM III.

COD. QUOD LEGATORUM.

Ad L. Heredi. 1.

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. & CC. Latinæ.

Heredi scripto satis idonee lege Falcidia, si exhausta legatis successio probetur, per quartæ retentionem prospectum est, unde si legatarius vel fideicommissarius non consentiente patre tuo quem asseveras testatori successisse, & bonorum possessionem accepisse, relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit: secundum sententiam interdicti quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est, oblata satisdatione, quam præstari oportet in possessionem te constitui, ut ita retentione competenti utaris, experiri potes. Dat. XVI. Kal. Ian. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Interdicti* Quod legatorum *summa, nominis ratio, & verba restituta, ac sigillatim confirmata.*
2. *Hoc interdictum esse inutile heredi, nisi aut neget rem legatam esse, aut dicat supra dodrantem esse legatum. & num.* 3.
3. L. unicæ C. hoc tit. *sententia.*
4. *Hoc interdicto sic res legatas legatorum nomine occupatas recipi, ut heres, sola quarta retenta, cogatur reliquum legatario restituere: dissimiliter, si legatarius legatum subtrahat, quo casu totum amittit: & differentiæ ratio.*
5. *Legatarium rem legatam sua auctoritate, non vi occupantem non teneri iis constitutionibus, quæ damno rei afficiunt eos, qui res invaserunt.*

1 ET si legatarius † rei legatæ dominus sit, & ita dominus, ut ad eam rem non indigeat heredis traditione, sed dominium rei legatæ a testatore ad legatarium recta via transeat, *L. legatum ita, D. de L.* 2. *L. a Titio, D. de fur.* placuit tamen eum hactenus dominum esse, ut non eo minus iubeatur legatum ab herede petere, non sua auctoritate occupare. Si contra facit, iubetur, rem legatam heredi restituere, in quam rem hoc interdictum comparatum est, quod appellatur, *Quod legatorum*, ex initio videlicet interdicti, ut & superius interdictum *Quorum bonorum*, *L.* 1. *D. eod.* Interdicti hæc verba fuerunt: *Quod legatorum nomine non ex voluntate eius, ad quem ea res pertinet, occupatum possides, aut dolo desiisti possidere, si de eo tibi ab illo satisdatum est, aut per eum non stat, quominus satisdetur, id illi restituas.* Illa verba, *quod legatorum nomine possides occupatum*, indicantur in *L.* 1. *in prin. &* versic. *redigit, D. eod.* Illa autem, *aut dolo desiisti possidere*, indicantur in *d. L.* 1. *§. quod ait prætor, aut dolo.* Nam quod illic ita verba sunt, *aut dolo desiit possidere*, in tertia persona scilicet, intelligendum est edicti verba referri, quo prætor pollicetur hoc interdictum generaliter adversus eum qui dolo desiit possidere. Sed vel hinc maxime idem interdicto caveri intelligimus: mutata tamen persona, ut interdictis mos est, quod interdictum dirigatur ad eum, cum quo ex interdicto agitur. Sic ex edicto interdicti verba intelligimus, & vice versa. Illa verba, *non ex voluntate eius*, expressa sunt in *d. L.* 1. *§. quod ait prætor*, non ex voluntate. His autem verbis, *eius, ad quem ea res pertinet*, significantur heredes & bonorum possessores, & generaliter, qui in ius universum defuncto succedunt, *L. sciendum, § ult. D. de verb. sign.* Unde intelligendum est, hoc interdictum & heredi & bonorum possessori competere. Adde, & heredibus, *L.* 1. *§* 1. *D. eod.* quod & in *L. unica, hic*, confirmatur. Illa, si de eo tibi satisdatum est, indicantur in *d. L.* 1. *§. pen.* ubi pro *nisi satisdatum est*, legendum est, *si satisdatum est*, ut apparet ex interpretatione Ulpiani, quæ sequitur, qui illa sic interpretatur, *si satisdatum perseveret.* Quod si legeremus, *nisi satisdatum sit*, sic interpretari debuit, *nisi satisdatum perseveret.* Et sane hoc interdictum competit heredi non hac conditione, si non satisdatum sit, sed si satisdatum sit. Illa autem, *aut per eum non stat*, exstant in *L. ult. D. eod. Id enim*

re-

restituas, indicantur in *d. L. 1. in prin. & fere tota L. 1. & 2.*

2 Sed † adversus hoc interdictum initio hoc occurrit, non videri dari debuisse heredi. Meminisse enim debemus eius, quod ante dixi, legatarium rei legatæ a se occupatæ dominum esse. Unde etiam ita propositum est interdictum, ut placeat heredem, cum hoc interdicto nactus fuerit possessionem rerum occupatarum, tamen postea nihilominus eas restituere debere legatariis, *L. 1. §. 1. D. eod.* ut mox pluribus ostendemus. Hoc posito, videtur hoc interdictum aut iniquum esse, aut inutile: certe pugnare cum regulis manifesti iuris, his de caussis. Primum legatarius ad legatum petendum actionem habet, utpote dominus, *L. in rem, D. de rei vindic.* Igitur multo magis possidens ad legatum retinendum actionem habebit, ex regula iuris, *L. invitus, §. 1. D. de regul. iur.* Deinde nulla est actio, nisi ei, cuius interest, præsertim in hoc interdicto, quod tantum ei datur, ad quem res legata pertinet. Nec in eo alia condemnatio est, nisi in id, quod heredis interest, *L. ult. §. ex hoc, D. eod.* At heredis nihil interest, rem legatam recipere, si res tota legatarii est, & eam acceptam heres cogitur legatariis restituere. Postremo hoc ipso, quod rem receptam legatariis restituere cogitur, dolo facit, si eam petit. Proinde & petens doli exceptione removeri potest, ut sunt regulæ iuris, *L. dolus, D. de dol. mal. exc.* Et hæc ita se habere fatendum est, si heres & rem legatam esse agnoscat, & idem fateatur nihil supra dodrantem legatum esse. Nam in hanc rem cadunt ea, quæ supra obiecimus. Sed si quid horum deest, æquissimum est, heredi interdictum ad res legatas occupatas restituendas dari: neque superiora adversantur. Primum tum huic dari æquum est, cum negat res occupatas legatas esse. Sic enim fit, ut petat res non alienas, sed suas: quæ ipsi reddi ob eam caussam eius interest. Et quamvis fieri possit, ut res vere legatæ sint, tamen in hac incertitudine æquum est, legatarium rem ab herede petere, non ipsum sibi ius dicere: quod iura aversantur, *L. exstat, D. quod met. causs.* Et hanc rationem huius interdicti proponendi posuit Ulpianus in *L. 1. in princ. D. eod.* Sed etsi heres fateatur, rem legatam esse, de qua hoc interdictum agitur, si tamen dicat supra dodrantem hereditatis legatum esse: æquissimum est, hoc interdictum dari ad rem restituendam, ac ne hic quidem superiora obstant, quæ obiecimus. Nam quatenus supra dodrantem legatum est, eatenus res legata ad heredem pertinet ex lege Falcidia. *L. 1. L. lineam, D. ad leg. Falcid.* Sic fit, ut heres rem legatam repetendo, eam repetat, quæ ipsius sit ex parte, & quam ipsi reddi hac ipsa de caussa eius interest. Et quamvis pars tantum eius sit, tamen eius interest rem totam legatam recipere, ut & ea recepta suo iure quartam retineat, quam ex lege Falcidia habere & retinere debet. Et † 3 ob hanc quartæ retentionem maxime comparatum esse hoc interdictum demonstratur *L. unica, hoc. tit.* cuius est hæc sententia: *Herede instituto testator totam hereditatem legatis erogaverat.* Ita fiebat ex lege Falcidia, ut in singulis rebus legatis quarta portio ad heredem pertineret, *d. L. 1. & L. lineam, D. ad leg. Fal.* Et quoniam ad heredem pertinebat, eveniebat hoc quoque, ut pertineret ad heredem heredis, quoniam heres in ius defuncti succedit, *L. heres, D. de acquir. hered.* itaque si res iure & ordine gereretur, ita geri oportuit, ut res legatæ permitterentur heredi, ex quibus ille quartam partem ex lege Falcidia retineret, reliquum dodrantem legatariis restitueret. Sed legatarii sua auctoritate legata occuparant: quo fiebat, ut heres quartam retinere non posset ex iis rebus, quas non possidebat. Consulit heres, non an quartam de singulis rebus legatis petere possit, & consequi, de quo ius certum erat, sed quomodo eam quartam consequatur: fortasse enim rem vindicare volebat. Respondent Imperatores, heredi, eum supra dodrantem legatum est, satis prospectum esse lege Falcidia per quartæ retentionem. Quibus verbis significant, non esse necesse heredi ad quartam consequendam vindicationem instituere adversus legatarios, & ita iudicii & probationis molestiam suscipere, cum ei per retentionem quartæ satis consultum sit. Non indiget actione, qui retentionem habet. Quod si obiiciatur, heredem in proposito retentione uti non posse, cum res legatas non possideat: in promptu remedium est. Est enim paratum heredi interdictum *Quod legatorum*, quo consequatur a legatariis, ut sibi res occupatæ restituantur: quibus restitutis, sic deinde competente ratione utetur. Hæc inquam, rescripti sententia est; qua declaratur, hoc interdictum comparatum esse, ut heres ex hoc interdicto possessione recuperata rerum legatarum, quartam ex lege Falcidia retineat. Ex quo duo colligimus notatu digna. Primum, si rem legatam esse constet, quam legatarius occupavit, & fateatur heres supra dodrantem

tem hereditatis legata relicta non esse, non esse huic interdicto locum, quia appareat nihil esse, quod heres restitutis rebus possit retinere. Et certe perspicuum est hoc casu illi obstare ea, quæ supra diximus: & quod eius nihil interest, & quod dolo facit, qui petat, id quod constet illum statim restituere debere.

4 Alterum, † etsi legi Falcidiæ locus sit, tamen sic heredem recipere legatas res ex hoc interdicto, ut solum quartam possit retinere. Quo efficitur, eum reliquum legati legatariis debere restituere. Alioqui hic diceretur, eum totius rei legatæ retentione uti, non autem competentis partis sive quartæ. Non adversantur huic sententiæ ii loci, quibus scriptum est, legatarium, sive fideicommissarium, si rem sibi legatam subtraxerit, legati petitionem amittere, *L. non est dubium, sup. de legat. L. Paulus respondit, D. ad sen. Trebell.* Multum enim interest, utrum legatarius rem legatam occupet legatorum nomine, de quo genere hic agitur, & adversus quod hoc interdictum propositum est: *L. 1. in prin. D. eod.* an vero legatarius rem legatam subtrahat. Is rem occupat legatorum nomine, qui agnoscit rem sibi legatam, & pro tali tanquam suam occupat. Is ideo legati petitionem non admittit, quia ita occupando legatum agnoscit, agnoscendo, & legatum & rei legatæ petitionem acquirit. Contra is rem legatam subtrahit, qui furatur: hoc enim subtrahere significat, *§. interdum etiam, & §. seq. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* ac præcipue in hac specie rei legatæ subtractæ, subtrahendi verbum id significat, ut declaratur in *d. L. Paulus respondit, D. ad Trebell.* Porro is rem legatam furatur, sive subtrahit, qui tanquam alienam occupat, non suam, quoniam nemo rei suæ furtum facit, *L. merito, D. pro soc.* Id si ita est, non est mirum, si is, qui rem sibi legatam subtraxit, eius rei petitionem amittere dicatur. Nam qui ita subtrahit legatum, repudiat; repudiando, una & legatum & legati petitionem amittit. Quod ita facile probabitur. Nam uti est hereditas, sic legatum. Hereditas adeundo sive agnoscendo nuda voluntate acquiritur, repudiando amittitur, *L. sicut, sup. de repud. hered.* Sic & legatum, *L. servum filii. 44. §. 1. L. si tibi homo. 86. §. cum servus, D. de legat. 1.* Hereditas repudiatur, sive recusatur non tantum verbis, sed re & facto quovis voluntatem repudiantis significante, *L. recusari, D. de acquir. hered.* In quo genere facti est, si heres extraneus rem aliquam hereditariam surripiat, ut significator in *L. si quis extraneus, in princip. D. de acquir. hered.* ubi traditur, heredem, qui ita rem subtraxit, non videri pro herede gerere, quia admissum eius contrariam voluntatem declaret. Contraria adeundi voluntati est voluntas repudiandi. Hæc voluntas superiore admisso declarari recte dicitur. Nam qui rem surripit, hoc facto declarat, se velle rem alienam esse, & pro tali se eam habere. Non potest id velle heres, nisi hereditatem repudiet. Idem igitur & in legatario rem legatariam surripiente probandum est. Ex quo intelligimus, quod dicitur in hac specie legatarium rei legatæ petitionem amittere, non esse ius ob id constitutum, ut furtum pœna afficiatur; sed esse ius ratiocinatione prudentum effectum, hinc natum, quod qui rem ita surripuisset, idem simul legatum repudiasset. Constare autem hoc ius responsis & auctoritate prudentium, declaratur in *dict. L. Paulus respondit, D. ad Trebellian.* illis verbis, *iure respondetur*.

Multo † minus superiori sententiæ adversantur illæ constitutiones, quæ damno rei occupatæ afficiunt eos, qui res invaserunt, ut *L. ult. L. si quis in tantam, inf. unde vi. L. exstat, D. quod met. caus.* Nam *L. ult.* constituta est adversus eos, qui res alienas possessoribus vacuas invaserunt. Hic legatarius rem suam occupat, non alienam. Lex *si quis in tantam* pertinet ad eos, qui possessionem apud alios constitutam vi invadunt. Hic legatarius rem occupat, non quidem consentiente herede, sed tantum non vi; non denique ita, ut illi extorqueat: propterea quod hic agitur de rebus occupatis, quæ prius ab herede non possidebantur. Argumentum est, quod hoc interdictum *Quod legatorum* proponitur heredi adipiscendæ possessionis caussa, *L. 1. in pr. D. eod.* idest, eius acquirendæ, quam prius non habuit, *§. sequens, Instit. de interd. L. exstat, D. quod met. caus.* Pertinet ad eos, qui rem sibi debitam a debitore possessam invito debitore occupant. Hic legatarius & rem occupat ab alio non possessam, ut iam dixi, & occupat suam, non sibi debitam. Ex his apparet, si forte heres iam ante rerum hereditariarum nactus esset possessionem, quam illæ a legatariis occuparentur, hoc interdictum heredi non competere ad recuperandam possessionem. Sed & illud apparet dicere nos, legatarios, si invito herede res occupassent, res legatas eo facto amisisse, quia vi possideant. Unde res incidat in pœnam, *L. si quis in tantam, inf. unde vi & L. exstat, D. quod met. caus.*

AD TITU-

Digitized by Google

AD TITULUM IV.

COD. UNDE VI.

SUMMARIA.

1. *Interdictum subaudiri ante verba haec*, Unde vi *& unde appellatio nominis*.
Unde vi *interdictum usitate dici: legi tamen & interdictum* De vi *pro eodem. ibidem*.
2. *Collocationis huius tituli ratio reddita*.
3. *Invasionum species quae quibus constitutionibus hoc titulo vindicentur*.

1 His verbis † *unde vi*, significatur interdictum, quod *unde vi* appellatur in *L. 1. §. ex interdicto*, *L. neque*, *L. cum fundum*, *§. ult. D. eod. §. recuperandae*, *Inst. de interd. L. 4. inf. hoc tit.* ut sit titulus, quasi ita dictum esset, *de interdicto unde vi*, quomodo & superiores inscriptiones accipi debent, & inferiores. Nomina ex initio interdictorum nata, ut supra dixi. Nam initium huius interdicti ita fuit, *unde tu illum vi deiecisti*, L. 1. in pr. *D. eod.* Itaque rectius fortassis ad eundem modum legatur titulus eiusdem argumenti in Pandectis, restituaturque ita, *Unde vi, & de vi armata*: ut sit sensus, *de interdicto unde vi*, idest, vi privata, & *de interdicto de vi armata*, quae & publica dicitur, *§. recuperandae*, *Instit. de interdict.* Et sane interdictum *unde vi* sub eo titulo passim appellatur. Legimus tamen & interdictum *de vi* pro eodem in *L. si quis vi*, *D. de acq. poss.*

2 Est † hoc interdictum recuperandae possessionis, *d. §. recuperandae*. Ideo superioribus, quae sunt adipiscendae possessionis, subiicitur propter coniunctionem possessionis, quae utroque genere interdictorum petitur. Petitur enim ea possessio, quam non habemus, petiturque eo, ut quod non possidemus, nobis restituatur: sic fit, ut utrumque genus & restitutorium sit, & quodammodo eandem petitionem habeat. Hoc eo monemus, quia alius ordo servatur in *Inst. sub tit. de interdictis*. Nam interdicta adipiscendae possessionis sequuntur interdicta possessionis retinendae. Extremo loco proponitur id, quod est recuperandae possessionis. Habet id quidem & suam defensionem: hoc enim ordine sequimur progressum naturalem possessionis: quippe natura prius est, ut possessionem acquiramus: proximum, ut quaesitam teneamus: tertium, ut cum coeperimus tenere, si amittamus, sic deinde de recuperanda cogitetur. Sed, ut dixi, coniunctio & similitudo possessionum & interdictorum hic spectata est, uti & in Pandectis. Est ergo hic titulus praecipue de interdicto *unde vi*, ut inscriptio indicat.

3 Sed † monendi sumus titulum, seu tractationem subiectam plus complecti. Et in summa hoc titulo prohibetur omnis iniusta alienarum possessionum detentio, sive quis vi possessionem occupet, sive clam invadat, sive precario acceptam, aut ex locatione rem invito domino retineat. Itaque totidem sunt genera constitutionum, quae ad unumquodque horum generum referuntur. Ad tertium genus iniustae detentionis pertinet *L. pen.* Ad secundum *L. meminerint*, & *L. ult.* Ad primum, reliquae constitutiones, in quo genere de his agitur, qui vim intulerunt ad occupandas alienas possessiones, de quo dicere incipiemus ex *L. 1.*

Digitized by Google

Ad L. 1.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Theodoro.

Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illam vim propulsare licet. PP. Kal. Decemb. ipsis IV. & III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Adversus vim remedia duo constituta.* *Vim vi propulsare licere.* ibidem.
2. *Vim concessam esse quæ propulset, quæ adhibeatur tuendi sui caussa, non etiam ulciscendi.*
3. *Propulsationis non est exspectare, dum quis pulsetur, sed ne pulsetur, prohibere.*
4. *Tuendi sui caussa quidquid fiat, quia iure fit, impunitam esse.*
5. *Vitiose, idest, vi, aut clam, aut precario possidenti non licere se adversus vim adversarii defendere: quia non licet impune: & quomodo id accidat.*
6. *Tutelæ inculpatæ moderamen requiri, & id quodnam sit.*
7. *Armis licere se defendere etiam adversus inermem, si invadentem nos aliter prohibere non possumus, ne ad nos perveniat.*
8. *Non esse contra moderamen inculpatæ tutelæ, si quis se defendat adversus invadentem, etsi alioqui potuerit fugiendo sibi consulere.*

SI quis alicuius rei possessionem obtinere vult, is iubetur iudicio de ea re agere, vim ad rem occupandam facere prohibetur *L. exstat, D. quod met. cau.* Ideo etiam adversus vim legibus prospectum est, ne frustra vis prohibeatur.

Adversus † vim duo sunt remedia iure
1 constituta. Unum adversus vim, quæ infertur. Alterum adversus vim, quæ illata est. Adversus vim, quæ infertur, hoc remedium est, cautum hac lege, ut liceat vim vi defendere, propulsare nostra auctoritate, quod ius aliis multis locis proditum est. Ut *L. ut vim, D. de iust. & iur. L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil. L. 1. § vim vi, D. eod. L. 1. supr. quam lic. unic. si. iu. se vind.* ubi & ratio huius iuris reddita est. Sed nusquam hoc ius melius constitutum, quam hac lege, ubi non tantum permittitur vim vi propulsare, quod fit superioribus locis: sed adiicitur, cui liceat, & præterea ad quem modum: quæ singula nobis expendenda sunt.

2 Primum id, quod permittitur, aiunt † Imperatores, *vim vi propulsare licere.* Propulsare est arcere a nobis, & prohibere, ne vis & iniuria ad nos perveniat. Quo verbo admonemur, si quis rebus integris, cum vis infertur, neque dum illata est, hanc prohibet, hunc iure facere videri. Si quis autem vi illata & iniuria iam accepta, cum novam iniuriam non metuit, vim inferat adversario, veluti si fugientem persequatur, & ei noceat; hunc ad hanc definitionem non pertinere, quia non propulsandæ iniuriæ caussa faciat, quæ iam accepta est, sed ulciscendæ. Tuitio & propulsatio permissa est; prohibitum, quidquid fit ulciscendi caussa. *d. L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.*

Eodem † verbo admonemur, falsum es- 3
se, quod quidam censuerunt, quorum sententia in glossa refertur, eum, qui se recte tueatur vi, exspectare debere, ut prius pulsetur ab adversario, argumento sumpto ex *L. si ex plagis, §. 1. D. ad leg. Aquil.* Qui exspectat, ut pulsetur, is iniuriam & vim admittit, non propulsat. Nunc autem propulsare illi permittitur. Ergo & illud non admittere, ut pulsetur. Iam & in hac permissione expendendum est, quid valeat, quod dicitur licere propulsare: nempe ut liceat iure, & omni iure, ut dicitur in *d. L. ult. vim, D. de iust. & iur. in d. L. scientiam, §. qui cum aliter.*

Ergo † etiam hoc dicitur, quicquid fit 4
propulsandi caussa, impunitum esse. Quod fit iure permittente, pœnam non meretur, ut est in *L. Gracchus, inf. ad leg. Iul. adult.* Hinc intelligimus, si quis, cum invaderetur eius possessio, vim vi repulerit, neque eum vi possidere videri, neque eo nomine adversario teneri ullo interdicto. Præterea si quid damni eo facto adversario dederit, atque adeo si eum occiderit, impune esse, ut neque teneatur lege Aquilia de damno dato, neque lege Cornelia de sicariis. *L. itaque & L. seq. & d. L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.*

Sed permittitur hoc duabus conditionibus, quæ hic expressæ sunt. Primum † 5
permittitur ad defendendam possessionem

vim

vim vi propulsare: sed recte possidenti, &, ut adiicitur, ei, qui sine vitio possidet. Is recte possidet, qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidet. Contra non recte, sed vitiose is, qui ab adversario possidet aut vi, aut clam, aut precario. *L. in fin. & L. seq. D. uti poss.* id est, qui aut adversarium vi expulit, aut illo ignorante possessionem recuperavit, aut qui precario, id est, precibus ab illo impetravit, ut sibi possidere liceret, & domino reposcenti rem non reddit, ut hæc verba interpretatur Iustinianus in *§. sed interdicto, Inst. de interd.* Ergo hoc dicitur, eum recte vim vi propulsare, qui aut omnino nec vi, nec clam, nec precario possidet, aut ita possidet, ut saltem non possideat ab adversario. Quod autem dicimus ei, qui ita possidet, licere vim adversarii propulsare, eo spectat, ut intelligatur, si constiterit Iure eum fecisse: fecisse & impune. Proinde & eo nomine adversario nulla actione teneri. Contra vero si quis secus possideat ab adversario: ei non licere adversarii vim propulsare, exemplo interdicti *uti possidetis*. In quo, cum prætor polliceatur se eum tuiturum in possessione, qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidet: ex eo omnes iuris auctores collegerunt, eum non defendi a prætore, qui non recte ab adversario possideat, id est, possideat aut vi, aut clam, aut precario ab adversario, *dict. L. 1. § ult. D. uti poss.* Quod & nobis in hac constitutione intelligendum est. Ideo autem dicitur ei, qui vi, aut clam, aut precario ab adversario possidet, non licere se adversus vim adversarii defendere, quia impune non licet. Nam si prius adversarium vi deiecerat: non efficiet sua defensione posteriore, quo minus illi interdicto *unde vi* teneatur, ut prius. Si adversario ignorante possessionem occupaverat, deinde venientem vi repellat, aut certe non admittat: iam incipit vi possidere, non clam, *L. clam possidere, in fin. D. de acquir. poss.* Quo fit, ut iam incipiat adversario teneri interdicto *unde vi*, tanquam illo deiecto, hoc ipso, quod admissus non sit in suam possessionem. *L. cum fundum, D. unde vi.* Idem probandum est in eo, qui cum fundum precario accepisset ab adversario: reposcenti non reddit, seu venientem in possessionem non admittit. Sic enim eum quoque deiicere intelligitur, incipitque similiter ei interdicto *unde vi* teneri. *d. L. cum fundum, D. eod.*

6 Altera † cautio est, hoc rescripto expressa, ut vis propulsetur ad moderamen inculpatæ tutelæ, idest, ita, ut quidquid tuendi nostri caussa factum est, & vis illatæ propulsandæ, in eo tutela sit inculpata. Inculpatam intelligimus eandem, quæ innoxia dicitur in dicta *L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.* Cum autem innoxia definiatur eo loco, cum aliter tueri nos non potuimus adversus vim, aut iniuriam, quæ inferebatur, quam id faciendo, quod fecimus: intelligere debemus eandem quoque definitionem esse eius tutelæ, quam hic inculpatam appellamus. Utrum quis aliter se tueri non potuerit, quam id faciendo, quod fecit, partim ex personis, partim ex loco æstimandum est. Ex personis hoc modo: nam si is puer est, aut imbecillis, qui vim infert, is autem, cui infertur, vir & robustus: hic neque gladium stringere debuit, neque ullis armis invadentem petere, cum licuerit negligere præsentem. Ex loco ita, si quis cum pro foribus suis staret, potuerit adversarium minitantem & ad se pergentem arcere occluso ostio ædium suarum, maluerit autem adversario suo coram resistere. Eodem modo cum ex ædibus videret adversarium sibi minitantem, aut se provocantem ad certamen, non servavit moderamen inculpatæ tutelæ, si quid in illum misit, aut si in animum induxit descendere, & cum adversario digladiari: nam utroque modo satis septis ædium suarum defendebatur: ut si quid præterea fecerit, intelligatur non tuendi sui caussa fecisse, quod necesse non erat, sed ulciscendi. Quod si cum domi esset, adversarii irruptionem in ædes facierent, aut scalis admotis murum pervadere conabantur: iure facit, si ad adversarios deturbandos & propellendos omnibus armis utitur, quibus deturbari cominus, & propelli possunt. Similiter si quis nudus in agro adversarium, aut parem viribus aut superiorem vidit ad se venientem cum minis, primum se verbis tueri debet, denuntians adversario, ne accedat, se non passurum, ut accedat. Si his verbis nihil proficit, licet adversarium submovere omnibus missilibus, quibus homines a nobis arceri possunt. Id lapide fieri posse indicatur in dicta *L. scientiam, §. qui cum aliter, D. ad leg. Aquil.* Quare & aliis telis potest, potest & ense, non ut illum impetat, sed ut ensem venienti opponat.

Unde † intelligimus, id quoque falsum esse, quod in glossa positum est, ad moderationem inculpatæ tutelæ non posse nos armis uti, nisi armis impetamur. Si sine armis adversarium invadentem prohibere 7

non possumus, ne ad nos perveniat, recte armis utimur, cum aliter nos tueri non possumus. Non obstat, quod dicitur, arma armis repellere licere. *L. 1. §. vim vi, L. 3. §. eum igitur, D. eod.* Non enim hoc ita dicitur, quia adversus inermem non liceat omnino nos armis defendere, si quid ad tutelam necesse sit, sed quia non semper licet. Non enim semper est necesse; cæterum adversus arma semper armis uti licet.

8 Ex † his quæsitum est, si quis adversus vim, quæ infertur, fuga sibi consulere potuit, & nihilominus restitit, an videatur moderationem inculpatæ tutelæ excessisse. Movet, quod aliter sibi consulere potuit, quam resistendo, ut sic non videatur ad superiorem definitionem pertinere. Sed non dubium est ex hac lege, quin iure faciat, qui non fugit. Perspicuum est enim hic permitti propulsare vim ad defendendam possessionem. Non defendit autem possessionem, qui deserta possessione fugit. Permittitur igitur possessione & loco suo consistere, & ibi vim propulsare. Nihil ad rem pertinet, quod potuit adversus vim se tueri aliter, quam resistendo, nempe fugiendo. Hoc enim vere dicitur, si de persona tantum tuenda agatur, cui fuga consulere possumus. Sed si de loco etiam tuendo agitur, hunc tueri, nisi in eo consistendo, non possumus. Nunc autem hac lege potestas sit & personæ nostræ, & loci, quem iure obtinemus, tuendi.

Ad L. Vi pulsos. 2.

Iidem AA. & CC. Alexandro.

Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si nec tum utilis annus excessit, certissimi iuris est: & heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit. S. AA. Coss.

Ad L. Auctoritatem. 3.

Iidem AA. & CC. Ulpiæ & Proculinæ.

Auctoritatem vobis rescripti nostri tenendæ possessionis, quam vos per violentiam adeptam profitemini, accommodari nimis improbe postulatis S. VIII. Id. April. CC. Coss.

Ad L. Si de possessione. 4.

Iidem AA. & CC. Hygino.

Si de possessione vi deiectus es: eum & lege Iulia vis privatæ reum postulare, & ad instar interdicti Unde vi, *convenire potes, quo reum caussam omnem præstare oportet: in qua fructus etiam quos vetus possessor percipere potuit, non tantum quos prædo percepit, venire non ambigitur. S. VI. Id. April. Sirmii. CC. Coss.*

Ad L.

Ad L. Invasor. 5.

Imp. Constantinus A. ad Tertullianum.

Invasor locorum pœna teneatur legitima; si tamen vi loca eadem invasisse constiterit: nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine pœna possessio restitui debet. Dat. VI. Kalend. Maii. Gallicano & Symmacho Coss.

SUMMARIA.

1. *Adversus vim illatam quæ remedia iure prodita.*
2. *Interdictum* unde vi *competere solum vi deiecto, & deiici solum, qui ante vere possederit.*
3. *Interdictum* unde vi *solum intra annum utilem, non continuum datur, quis annus utilis, quis continuus.*
4. *Interdictum* unde vi *adversus quos.*
5. *Cuius rei gratia.*
6. *Prædonem rebus peremptis non secus, atque exstantibus interdicto* unde vi *teneri.*
7. *Dubitatum an idem sit, si res intra tempora iudicati perierint: & idem esse.*
8. *Condemnatum, qui ante sententiam moram fecit, etiam intra tempora iudicati moram facere perseverare.*
9. *Quod dicitur, nullam ibi moram fieri, ubi propter exceptionem peti non potest, ad exceptionem dilatoriam iudicati non pertinere.*
10. *Condemnati in quadruplum, triplum, aut duplum, singulare ius esse, ut re principali intra tempus iudicati perempta, eius rei nomine liberentur.*
11. *Quid, si res eodem modo apud actorem peritura fuerit?*
12. *Interdictum* unde vi *pœnale esse, eoque nec ultra annum, neque in heredes dari.*
13. *Quomodo probari possint res, quæ ibi fuerant, unde quis deiectus est.*
14. *Fructus in hoc interdictum venire, & qui.*
15. *Eum, qui deiectus est, ex interdicto sine ulla exceptione restituendum.*

1 ADversus † vim, quæ nobis facta est, qua de possessione deiecti sumus, non vi agitur, ut supra, ad recuperandam possessionem, quam amisimus, sed idoneis iudiciis ad eam rem vindicandam constitutis: quod genus remedii alterum est, quod adversus vim propositum esse supra ad *L.* 1. diximus. Estque id remedium ordinarii iuris, quo de rebus ad nos pertinentibus licet tantum iudicio experiri. *L. negantes, sup. de obl. & act. L.* 1. *supr. de exsec. rei iudic.* De vi agitur & criminaliter, & civiliter. Criminaliter accusatione, & pœna constituta lege Iulia tam de vi publica, idest, armata, quam de vi privata, idest, ea, quæ fit sine armis, ut indicatur in *L.* 4. *hic*, de quibus legibus est cautum in §. *item lex Iulia D. de vi publica, Inst. de publ. iud.* item *D. & C. ad L. Iul. de vi publ. & privat.* Civiliter, cum de re pecuniaria agitur, iudiciis in eam rem constitutis, partim ex edicto pretoris, partim ex constitutionibus. Ex edicto prætoris est interdictum *unde vi*, de quo est inscriptio huius tituli. Interdictum proponitur *L.* 1. *in pr. D. eod.* Nunc loco interdicti agitur actionibus civilibus, ut declaratur in *L.* 2. & *d. L.* 4. *hic*, qua de re diximus ad *L. pen. & ult. supr. de interd.* Ex constitutionibus actio est condictio ex lege, ex *L. si quis in tantam, infr. hoc tit.* Natura interdicti *unde vi*, sive eius actionis, qua loco interdicti utimur, declaratur maxime his quatuor rescriptis *seqq.* quæ ob eam caussam coniungi oportet. Huius interdicti natura quatuor his in locis spectatur, qui nobis in his rescriptis observandi sunt: Cui detur, Intra quod tempus, Adversus quos, Tum cuius rei gratia.

Datur † ei, qui vi deiectus est, *L.* 1. 2
§. 1. *D. eod. L.* 2. *in prin. L.* 4. *in pr. hic.* Hoc verbo, *deiectus*, tacite continetur, non ad alium pertinere hoc interdictum, quam qui ex eo loco pulsus est, quem prius possidebat vel naturaliter, id est, tanquam prædo; vel civiliter, idest, iuste. Horum enim uterque tenet rem animo dominantis. Is autem deiici intelligitur, qui ita possidet, *L.* 1. §. *deiicitur*, §. *interdictum autem, D. eod.* Proinde cum colonus, aut inquilinus non possideat, si vel ille de agro, vel hic deiiciatur de ædibus, hoc interdicto non utuntur: non quod impunitum sit, si isti deiiciantur; sed quia ex hac deiectione interdictum ipsis dominis competit, non colono, aut inquilino, *d. L.* 1. §. *deiicitur*, & *L. ult. D. eod.*

Digitized by Google

D. eod. Quippe domini per colonum, aut inquilinum possident, *§. possidere, Instit. de interd.* Ita fit, ut iitis deiectis in ipsorum persona videantur domini deiici. Hoc eodem ex verbo intelligimus, non competere hoc interdictum, nisi ei, qui de rebus soli deiectus est: rebus autem mobilibus ereptis, huic interdicto locum non esse, *L. 1. §. 2. & seq. D. eod.* Non enim deiicitur de loco, nisi qui in loco consistit. Non consistimus autem, nisi in re, quæ non movetur.

Non est satis, quem deiectum esse, ut sit interdicto locus: vi deiectum esse oportet. Sic enim verba sunt interdicti, *unde vi tu illum deiecisti*, *L. 1. in pr. & §. 2. D. eod.* Idem expresse in *L. 2. & 4. in pr. hic.* Huc referri debet *L. invasor, infr. hoc tit.* ubi cavetur, ne invasor aliter teneatur pœna legitima, quam si vi invaserit: quia scilicet olim non adversus alios pœna legitima fuit constituta, sive intelligatur vindicta criminis, sive pœna privata, quam persequamur interdicto *unde vi*. Hodie secus est in specie *L. ult. infr. hoc tit.* Sed id ius postea secutum est, quo & *L. invasor*, & priora iura immutantur, ut illic dicemus.

3 Datur † hoc interdictum intra annum, & eum utilem, *L. 1. in pr. & §. annus, D. eod. L. 2. hic.* Annus utilis opponitur continuo, *L. ult. supr. de dol.* Uterque annus dicitur, quia constat trecentis sexaginta quinque diebus, ut est anni dimensio: *L. anniculus non statim, D. de verb. sign.* Hoc interest, quod continuus superioribus diebus constat continuis; utilis constat solum utilibus, intellige, ad agendum, idest, iis, quibus actor experiundi cum adversario potestatem habet, quod explicatur in *L. 1. D. de diver. tem. præs.* Unde in edictis prætores hunc annum ita circumlocutione efferre solebant: intra annum, quo primum experiundi potestas erit, ut patet ex his locis, *L. 1. in fin. D. ex quib. caus. mai.* iuncta *L. ult. supr. de temp. in integ. rest. & L. 4. D. vi bon. rap. L. 1. D. de incen. ruin. nauf.* Sed intra annum tantum datur hoc interdictum de iis rebus, quæ ad invasorem non pervenerunt; de iis, quæ pervenerunt, actio perpetua, *L. 1. in pr. D. eod.* Hæc in actionibus prætoriis definitio tradita in *L. in honorariis, D. de obl. & act.*

4 Datur † interdictum adversus eum, qui ipse, aut cuius familia deiecit, ut est in interdicto expressum, & declaratur in *L. 1. §. ait prætor, D. eod.* Quis deiecisse intelligatur, explicatur in *d. L. 1. §. ait prætor, D. eod.* Datur præterea & adversus heredes eius, qui vi deiecit, sed quatenus ad eos pervenit ut traditur in *L. 1. §. ult. & L. 2. ibidem.* Unde intelligimus, si quid ad heredes non pervenit, eos hoc interdicto non teneri: scilicet quia hoc interdictum pœnale est, ut ex restitutione interdicti intelligitur. Ita pertinet ad eam regulam iuris, qua efficitur, ex maleficiis pœnales actiones in heredes non dari, *§. 1. Inst. de per. & tem. act.* Sed si quid ad eos pervenit ex maleficio, tenentur. Placuit enim semper iniusta lucra heredibus extorqueri, *L. 1. §. ult L. 2. & 3. in princ. D. eod. L. in heredem, D. de calum.*

Datur † interdictum huius rei gratia, ut si quid amissum est, deiecto restituatur, *L. 1. §. non solum, D. eod.* Quod his verbis expressum est in *L. 4. hoc tit.* ut dicatur ei, qui deiectus est, *caussam omnem* præstari oportere: id enim verbo *caussæ* significatur, ut declaratur, *d. §. non solum.* Hac restitutione tria continentur. Primum res ipsa, a qua deiecti sumus, ut restituatur, *§. recuperandæ, Inst. de inter.* Secundo loco omnia, quæ *ibi* fuerunt, cum deiiciebamur. *Ibi*, idest, in toto eo fundo, & totis ædibus, unde deiecti sumus, *L. 1. in princ. & §. ibi, D. eod.* 5
Quid † ergo, si ista, quæ ibi fuerunt, postea perierint? Placet eum, qui deiecit, teneri nihilominus earum rerum nomine, *L. 1. §. rectissime, D. eod.* hac ratione; quod ut fur, sic prædo ex ipso tempore delicti moram facere, atque adeo plusquam frustrator debitor esse intelligitur. *L. pen. D. eod. L. in re, §. 1. L. ult. D. de con. fur.* Est autem certi iuris constitutio, moram perpetuare obligationem, & quod idem est, si res debita post moram perierit, debitoris detrimentum esse, ut non aliter teneatur perpetuo, quam si res extaret, *L. si servum, 91. §. sequitur, L. si ex legati, 23. L. nemo, 82. §. 1. D. de verbor. obl. L. quod te, D. si cert. petat.* Quid † si, postquam is qui deiecit, condemnatus est, res perierit intra tempora iudicati actionis, an ne sic quidem reus liberabitur? Nascitur hinc dubitatio. Quia enim perpetuo moram facit invasor, ideo consequens est superioribus eum perpetuo teneri: idque ita scriptum in *d. L. ult. D. unde vi.* Rursum videtur tradi in *L. si cum exceptione, §. quid si homo, & seq. D. quod met. causs.* reum in hac specie liberari. Quem tractatum, quia ad moræ periculum pertinet, licebit iis, quæ de mora alibi scripsimus, adiicere. Sunt, qui putent, re intra tempora iudicati perempta,

empta, quod fine dolo malo & culpa debitoris factum fit, debitorem liberari, etiamfi hoc interdicto teneatur. Nam fi hoc de eo dictum eft, qui actione, *quod metus cauffa*, tenebatur, in *d. L. item fi cum*, *§. quid fi homo*, *D. quod met. cauff.* par eft idem & in hoc interdicto admitti, cum utrumque iudicium ex vi & maleficio nafcatur. Sed quid hic argumentis eft opus, cum ibidem in extremo ifta iudicia in hac fpecie comparentur? Nec caret hæc fententia defenfione. Conftat enim, fi res perierit, cum debitor in mora non effet, eum liberari, *L. fi ex legati*, *D. de verbor. obl. L. quod te*, *D. fi cer. pet.* Nunc autem tempore iudicatis ad folvendum conftituto, intra id tempus debitor moram facere non videtur. Nam fic eft alia regula iuris: non videri in mora effe eum a quo propter exceptionem peti non poteft. *L. lecta*, ver. *pen. D. fi cert. pet. L. nulla*, *D. de regul. iur.* Ego autem puto veriffime dici, eum, qui ante rem iudicatam teneretur re perempta; multo magis condemnatum teneri oportere, quanvis res intra tempora iudicati perierit. Non enim utique qui ante fententiam tenebatur, liberatur condemnatione, fed magis teneri incipit: fiquidem pro una actione duæ fiunt. Nam & vetus manet & nova nafcitur iudicati. Denique iuxta regulam iuris, non folet deterior fieri conditio eorum, qui litem conteftati funt, quam fi non effet; fed melior. *L. non folet*, *L. nemo enim*, *feq. D. de reg. iur.* Nec ad rem pertinet, quod iudicato tempus legitimum ad folvendum datum eft. Nam hæc intercapedo debitori dilationem dare, non etiam lucrum adferre debet, ut eft fententia Papiniani in *L. 3. 1. ref. D. de ufur.* Afferret autem lucrum, fi eum, qui prius tenebatur, liberaret re per-

8 empta. Neque † moveri debemus, quod re ante moram perempta, debitor liberetur. Nam & hoc in hac fpecie admittendum eft. Sed intelligendum eft eum, qui ante rem iudicatam moram faciebat, condemnatum multo magis facere, quanvis intra tempora iudicati. Quifquis enim moram facere cœpit, is facere non definit, nifi purgata mora. Non purgat autem, nifi qui rem debitam offert. *L. fi fervum*, *§. fequitur*, *L. interdum*, *§. ult. D. de verb. obl.* neque offert, qui ideo dilatione utitur, ne offerat. Quare condemnatus moram facere, ut prius, non definit. Sic fit, ut iuxta eandem regulam, re perempta, nihilominus teneatur.

9 Nam † quod dicitur eum moram non facere, a quo propter exceptionem peti non poteft, ad cæteras omnes exceptiones pertinet; ad exceptionem iudicati dilationis non pertinet: non enim hæc ideo reo datur, quod in præfentia non debeat, fed quod cum debeat ftatim, tamen hoc fpatium humanitatis caufa illi indulgetur, ut eft in *L. fi cum militi*, *§. ult. D. de com.* beneficia humanitatis caufa in alterius iniuriam concedi non folent. *L. nec avus*, *infr. de emancipat. lib.* Ex quo eft illud fuperius Papiniani, legitimum iudicati faciendi tempus reo dilationem dare, non lucrum adferre confuefle. Multo minus adverfatur huic fententiæ exemplum actionis, *Quod metus cauffa*, in quâ diximus condemnatum re intra tempora iudicati perempta ab eius præftatione relaxari. *d. L. item fi cum*, *§. quid fi homo*, *D. quod met. cau.*

Nam † fingulari ratione in eo iudicio receptum eft, ut Ulpianus diferte illic oftendit. Id fieri nominatim ait, non quod res perierit intra tempora iudicati, fed quod propter facinus debitor tripli pœna fatisfacere cogatur, qua pœna creditori abunde fatisfactum eft. Loquitur enim Ulpianus de eo, qui rem metu extortam reftituere iuffus, cum arbitrio non pareret, in quadruplum condemnatus eft, ut eft vis & poteftas illius iudicii. Qua ex ratione perfpicuum eft recte colligi, quibus in iudiciis præter rem, quæ actori abeft, non condemnatur reus in triplum, aut duplum, eum re debita perempta non liberari, ne res fua creditori pereat, cui aliunde non fatisfit. 10

Quæritur † amplius hoc loco: quid enim fi res, quæ periit, eodem modo apud actorem peritura fuerit, an nihilominus reus invafor eo nomine tenebitur? Quæftio ex eo, quod duobus locis fcriptum eft, cum apud actorem eodem modo res peritura effet, debitorem liberari, fi fine dolo & culpa eius perierit. *L. item fi cum*, *§. quid fi homo*, *in fi. D. quod met. cau. L. fi plures*, *§. ult. D. depofiti.* Contra aliis locis, & fi res natura perierit, veluti morte, quæ vitari non potuit, nihilominus debitorem teneri, fi res poft moram perierit. *L. item fi verberatum*, *§. ult. D. de rei vind. L. cum res. §. ult. D. de L. 1.* De quo cum fcripferim iam olim in commentario de mora, & pluribus ad *L. fi ex legati*, *D. de verb. obl.* ne actum agam, inde peti iubebo. 11

Illuc † redeo, eum, qui vi alium de fundo, aut alio loco deiecit, teneri earum omnium rerum nomine, quæ ibi fuerunt, tam quæ ad eum non pervenerunt, quam quæ pervenerunt, & non extant. 12

Inde

Digitized by Google

Inde apparet, hoc quoque interdictum pœnam continere. *arg. in L. 1. §. si plures, D. de eo per quem fact. erit.* Quam ob caussam hoc interdictum neque perpetuo, neque in heredes dari, supra suis locis diximus.

13 Sed † cum dicamus omnia restituenda esse, quæ ibi fuerunt, unde quis deiectus est: exsistit hoc loco illa difficultas, quomodo probari possit, quæ res ibi fuerint. Non enim videtur facile posse: ubi quis scilicet repente deiectus est, neque ad cognitionem earum rerum testes adhiberi potuerunt, ut res videatur propemodum eo redire, quasi reus de iis rebus nec teneatur. Sed adversus hanc difficultatem remedium comparatum est, de quo in *L.*
14 *si quando inf. hoc tit.* Tertium † continetur superiore restitutione, positum in iis rebus, quæ non fuerunt tunc, cum quis deiectus est; hi sunt fructus, de quibus in *L. 4. hic.* Percepti primum, etiamsi inhoneste percepti sint. *L. ancillarum, in fin. D. de pet. her.* Deinde & qui percipi potuerunt, dummodo honeste. *L. fructus, D. de rei vin. L. generaliter, D. de usur.* In quo si quæritur, utrum spectari oporteat, a quo fructus percipi potuit, eumne, qui deiecerit, an eum, qui deiectus est: certa regula utimur, spectari debere actorem, seu eum fructum, qui percipi ab actore potuerit, ut est in *L. 4. hic. L. si navis, §. ult. D. de rei vind.*

Atque hæc vis & potestas est interdicti *unde vi.* Sed † an, qui hoc interdicto te- 15
neatur, nulla exceptione & defensione tueri se potest, quo minus ea restituat, quæ supra diximus? Et placet nulla uti posse. *§. recuperandæ, Inst. de interd.* Id esse interpretor, quod dicitur in *L. momentariæ, inf. hoc tit.* interdictum *unde vi* mox audiri debere, ut illic pluribus exponemus. Quod si verum est, apparet eum, qui vi alium de possessione deiecit, sibi possessionem iure defendere non posse: cum sit adversus eum interdictum, quo rem sine exceptione restituere cogatur. Quod est æquissimum, tum ut vis prohibeatur, tum ut is, qui malo more deiectus, primo quoque tempore in integrum restituatur. *L. 1. §. 1. D. eod.* hinc pendet. *L. 3. hoc loco.*

Ad L. Meminerit. 6.

Impp. Grat. Valentinian. & Theod. AAA. Potito P. V.

Meminerint cuncti, sive vulgato rescripto mansuetudinis nostræ sive sententia cuiuslibet iudicis utantur in caussis, conveniendos dominos locorum esse: aut si forte defuerint, eorum actores ad insinuandas sententias, procuratoresque esse quærendos, ne inde iniuriarum nascatur occasio, unde iura nascuntur. Quod si præcepta nostra implere neglexerint, omni negotio, de quo iurgare cœperant, privabuntur.

§. *Sin autem habito plerumque collusio, curatores vel tutores minorum his rem debitam ea occasione pervadant, ut pupillis vel adultis iurgandi copia & fructus adimatur: his eatenus subvenimus, ut eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienæ: Sed illico quidem possessio ei, a quo est ablata, reddatur: Curatores autem, vel tutores æterna deportatione punitos, bonorum quoque publicatio persequatur. Dat. IX. April. Antonino & Syagrio Coss.*

S U M M A R I A.

1. *Sententia huius legis.*
2. *Hæc lex quid adiiciat decreto D. Marci, quod exstat in* L. extat, D. quod met. cau. Vulgato rescripto Principis, & sententia iudicis uti, *quid sit in principio huius legis: & quid vulgatum rescriptum. ibidem.*
3. Inde iniuriarum occasionem nasci non debere, unde iura nascuntur, *quam sententiam habeat, & quid in hac lege ad rem pertineat hæc ratio.*
4. Collusium, collusio *quid, & quam in tutoribus ac curatoribus de rebus ad minores pertinentibus coercenda.*

Qui rem alienam sine vi, sua auctoritate tamen invaserunt, adversus eos duæ sunt hoc titulo constitutiones. Una adversus eos, qui rem alienam non sibi debitam, possessoribus vacuam occuparunt: ea est *L. ult. inf.*

Alte-

1 Altera † adversus eos, qui rem alienam sibi debitam & a dominis possessam, ignorantibus dominis occupant: ea est hoc loco, cuius hæc est sententia. Qui rem sibi debitam sine vi, sua tamen auctoritate, non conventis & consentientibus iis, ad quos ea res pertinet, occupavit: is ius crediti amittit, etiamsi in ea caussa aut rescripto principis utatur, aut alicuius iudicis sententia. Si tutores, aut curatores minorum rem minoribus debitam eodem modo occuparint, collusione cum adversariis interposita, ut eo facto minores iure suo exciderent: id factum minoribus non nocebit, tantumque hi hactenus tenebuntur, ut quod inde ad eos pervenerit, restituant. Tutores autem & curatores ita coercentur, non ut ius crediti amittant, quod nullum habuerunt; sed ut propter improbam collusionem in necem minorum instructam deportentur, & simul eorum bona publicentur. Agi hac constitutione de re, quam quis sibi debitam occupavit, intelligimus ex posteriore parte constitutionis, ubi pœna constituitur adversus tutores & curatores, qui rem minoribus debitam invaserunt. Nam initium ab extremo non distinguitur rebus occupatis, sed personis occupantium. Initio enim agitur de iis, qui sibi occupant. In extremo de iis, qui occupant nomine minorum. Pertinere constitutionem ad eos, qui rem occupant sine vi, non conventis iis, ad quos ea res pertinet, illa verba declarant, *conveniendos dominos locorum esse*, & quæ sequuntur. Hanc autem pœnam constitui, ut qui ita rem occupavit, ius crediti amittat, illa verba satis aperte significant, quibus cavetur, *ut qui præceptum huius legis implere neglexerint, omni negotio, de quo iurgare cœperant, priventur.* Hæc enim verba plane idem exprimunt.

2 Ergo † initio huius constitutionis confirmatur vetus illud decretum D. Marci, quo ius supra a nobis comprehensum constitutum est, exstatque in *L. exstat, D. quod met. cau.* Neque ideo hæc constitutio otiosa est. Nam duo eadem hac constitutione adiiciuntur: unum confirmandi illius decreti caussa, alterum augendi. Primum hoc adiicitur, eum qui, uti supra scriptum est, rem sibi debitam occupaverit, ius crediti amittere; etiamsi in ea caussa ad repetitionem & persecutionem rei suæ utatur vulgato rescripto principis, atque adeo alicuius iudicis sententia. Sensus est, nihil prodesse ei, si principem de iure suo consuluerit, & rescriptum retulerit, quo princeps respondebat, eum rem sibi debitam reciperurum. Quod rescriptum hic vulgatum appellatur, quia vulgatum & usitatum erat litigatoribus principem de iure suo consulere: ac consulentibus reddebantur huiusmodi rescripta: qualia sunt ea, quibus hic totus Codex est refertus. Adde nihil ei prodesse, si cum adversario egerit, & adversarius sit condemnatus de re debita præstanda, restituendave. Quorum tamen utrumque contra existimari poterat. Nam is certo iure uti videtur, qui auctoritate principis utitur, cum principis sit ius constituere. *L. 1. D. de const. princ.* Ei autem, qui iam adversarium suum condemnavit, nihil videtur deesse ad iuris sui certitudinem, atque adeo persecutionem. Utrumque hac constitutione removetur, & merito: quia princeps rescripto suo de iure respondet: relinquitur facti quæstio, cuius disceptatio & exsecutio per iudicem transigitur. Et cum princeps rescribit, *rem tibi debitam recipies*, hoc sic accipitur, *recipies eo modo, quo oportet, sive consueto iure recipies*. Est autem usitata ratio iuris nostri tuendi, ut iudicio agatur, vis absit, *d. L. exstat, D. quod met. cau. L. negantes, sup. de ob. & act.* Et quod ad sententiam attinet, etiam post sententiam deest exsecutio rei iudicatæ, quæ non privatis, sed iudici permittitur; ad quam obtinendam nihil amplius tribuitur litigatori, qui sententiam obtinuit, quam actio iudicati. *L. miles in fin. D. de re iud.* Hæc est illa actio, per quam in hac constitutione iubentur conveniri domini rerum, aut dominorum actores, procuratoresve. Cæterum qui litigator contempta iudicati actione sua auctoritate aut rem, de qua agitur, occupat, aut pignora capit, aut capta distrahit, is perinde tenetur, quasi nullam sententiam obtinuisset. *d. L. miles, §. qui iudicati, D. de re iud.*

Cuius † ratio hæc reddita est hac constitutione, quod non debeat iniuriarum occasio inde nasci, unde iura nascuntur. 3 Porro ex responsione principis, omnique sententia iudicis iura nascuntur. Sunt enim ista comparata, ut ius, quod est de re quaque, declaretur, & constituatur, ut secundum ea ius nostrum nobis obtinere liceat. Non debet igitur ex his nasci iniuria. Est autem genus iniuriæ, id est, eius, quod contra ius fiat, vim adhibere, & sibi in sua re ius dicere, *d. L. exstat, D. quod met. causs.* Proinde hoc genus vis & iniuriæ ex superioribus rebus nasci non debet. Hoc igitur primum est, quod hac constitutione adiectum est ad confirmationem eius decreti, de quo supra diximus.

Etiam alterum adiectum est, quod est, in pœna adversus tutores & curatores constituta, qui rem minoribus debitam collu-

dio habito, ut lex loquitur, occuparunt. 4 Colludium † collusio est. Colludere is dicitur, qui simulat se adversarium aliquo facto se oppugnare, ut sibi vel aliis consulat; revera autem consilio inito cum adversariis id agit, ut eos oppugnet quibus consulere velle videbatur, adversariis autem maxime consulat. *L. si perlusorio, D. de appel. L. si suspecta, in pr. D. de inof. test.* Ut in hoc facto tutorum accidit, qui res minoribus debitas invadentes, simulant se aliquid adversariis velle eripere, quod ad minores transferant, revera autem id agunt, ut hoc delicto minores rebus suis cadant, & sic ad veteres possessores transferantur, iisque confirmentur. Hoc genus est delicti, quod hac constitutione coercetur. Est enim in eo singulare improbitatis genus. Primum, quod tutores, vel curatores minores fidei & tutelæ suæ commissos nefarie produnt. Deinde ad id factum adhibent collusionem cum adversariis, scilicet cum maxime fraudant, id agentes, ut boni viri videantur. Quo genere iniustitiæ nullam esse detestabiliorem præclare a Cicerone scriptum est *lib. 1. Off.* Ex quo intelligere licet, tutores, aut curatores si in re minorum invadenda nullam talem collusionem adhibuerunt, pœna huius constitutionis non teneri. Et recte: neque enim sola occupatio rei debitæ, ut minoribus consulatur, facta deportatione & publicatione bonorum digna est. Argumentum est, quod cæteri, qui rem sibi debitam occupant, illa pœna non tenentur: multo minus igitur tenebuntur tutores, qui officio aliquatenus functi sunt, dum volunt minoribus consulere. In hac tamen specie puto eos litem suam facere, & quo modo tenerentur minores, si ipsi occupassent, eodem modo tutores & curatores, quasi sibi occupassent, teneri debere, *L. non est ignotum, D. de adm. tut.*

Ad L. Si quis in tantam. 7.

Impp. Valentin. Theod. & Arcad. AAA. ad Messianum *Com. rerum privatarum.*

Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, & dominium eiusdem rei admittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit: non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur. Dat. XVII. Kalend. Iun. Treveris Timasio & Promoto Coss.

S U M M A R I A.

1. *Eum, qui violenter invadit possessionem rerum apud alios constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii hac lege coerceri: Invadere quid.*
2. *Violenter quid.*
3. *Possessores qui.*
4. *Res omnes corporales hac lege contineri, etiam mobiles, incorporales non item.*
5. *Arbitrium iudiciale hic accipiendum iussum iudicis, quo fit potestas ubilibet rem manu militari occupandi.*
6. *Qui rem suam vi invasit, eam ex hac lege dominium non amittere ipso iure, sed solam sententia iudicis, a quo id peti oporteat, ut iubeat in actorem transferri.*
7. *Dominium rei occupatæ hac lege amissum adiici non fisco, sed privato, cui res erepta est, aut qui vi deiectus est.*
   Item pœnas omnes pecuniarias, quæ nominatim lege non applicantur fisco, ibidem.
8. *Qui rem alienam vi invasit, præter damnum actionis, etiam eum æstimationem subire, non possessionis ablatæ, sed ipsius corporis rei.*
9. *Ad dominium, aut æstimationem rei petendam, itemque ad possessionem ablatam recuperandam, esse ex hac constitutione condictionem ex lege, neque unius petitione alteram consumi.*
10. *Hac lege non teneri, qui dolo caret: patrem filio, patronum liberto: magistratum iure officii rem occupantem; privatum, qui furem fugientem persecutus ei rem suam aufert.*
11. *Etiam fœminas teneri hac lege.*
12. *Iuris errorem adversus hanc legem nullis prodesse.*
13. *Teneri hac lege etiam eos, quibus rerum suarum alienatio interdicta est.*
14. *Exceptos filiosfamilias, qui de bonis suis adventitiis quem deiecerint.*

ADversus vim, quæ illata est, præter interdictum *Unde vi*, etiam privatam actionem esse, diximus ex hac constitutione. In qua expendendum est, quid coer-

coerceatur, & quæ sit delicti, de quo agitur, pœna.

1 Delictum † eiusmodi est, Coercetur, qui invasit. Invadere est rem ab illo non traditam auctoritate sua occupare. Itaque hoc verbo removentur ti, qui possessionis controversiam tantum nobis faciunt, dum nos re nostra uti libere non sinunt: nihil enim isti occupant. Adversus hoc est interdictum *uti possidetis*, aut *utrubi*, *§. retinendæ*, *Inst. de interd.* Removentur & illi, qui vim adhibuerunt, sed vim, non qua ipsi rem occuparent, sed qua dominum, aut possessorem cogerent, ut sibi res traderetur. Tenentur hi actione quod metus caussa, *L. 1. & tot. tit. quod met. caus.* Vulgo appellant priorem vim turbativam, posteriorem compulsivam.

Addit constitutio, *qui invasit violen-*
2 *ter*, † Is violenter, seu vi invadit, qui vetere possessore deiecto rem occupat. *L. 1. §. vi possidere D. unde vi*. Itaque qui ignorante domino aut possessore rem occupavit, hac constitutione non tenetur, sed pertinet ad *L. meminerint*, *sup.* aut ad *L. ult. inf. hoc. tit.* Quod sic accipiendum est: nisi is, qui ab initio clam occupavit, revertentem dominum, aut veterem possessorem non admittat. Nam hoc facto clam possidere desinit, & incipit vi possidere. *L. clam*, *in fi. & L. seq. D. de acq. poss.* quod ad hanc constitutionem pertinet.

3 Ait, *Qui invasit possessionem*. † Is possessionem invadit, qui ipse non possidens rem quæ ab alio possidetur, occupat. Qui autem possidet, & rem, quæ corpore ab alio detinetur, occupat: is detentionem invadere dici potest, possessionem non potest: sed magis possessionem, quæ apud se fuit, retinere. Hinc iudicari potest de eo, qui rem a se depositam, aut commodatam depositario, aut commodatario vi eripuit: item de eo locatore, qui aut inquilinum eiecit ex ædibus, aut colonum ex fundo, nempe hos omnes hac constitutione non teneri. Nam neque depositarius, neque commodatarius, neque colonus, aut inquilinus possident, sed dominus per eos, *§. possidere*, *Institut. de interd.* Hinc quoque intelligi potest, quid iudicandum sit de proprietario, qui fructuarium expulit ex fundo fructuario, & eum frui non patitur. Apparet hunc quoque proprietarium hac constitutione non teneri. Nam fructuarius non possidet, non magis quam superiores. Proprietarius est, qui possidet, *§. idem placet*, *Inst. per quas pers. nob. acquir. L. sciendum. §. eum vero D. qui satisd. cog.* Non obstat, quod fructuario interdictum *unde vi* competit, si proprietarius eum frui non patiatur, *L. 3. §. unde vi*, *D. eod.* Hoc enim non ideo fit, quia fructuarius deiectus sit de possessione, quam prius habuerit: sed quia adversarius non patiatur eum uti frui. Et ideo in *d. §. unde vi* dicitur interdictum *unde vi* necessarium fuisse fructuario, idest, necesse fuisse ei specialiter proponere hoc interdictum: quod non fuisset necesse, si fructuarius possideret, & dici posset de fundo deiectus, quia verbis interdicti satis deiecto consulitur. Nihil etiam ad rem pertinet, quod fructuarius dicitur naturaliter possidere, *L. naturaliter*, *D. de acq. poss.* Nam hoc *naturaliter* valet corporaliter: quod significat eum proprie possidere; se tenere tantum. In re autem dubia a verbis legis recedi non oportet, *L. 1. §. licet.* vers. *in re*, *D. de exer. act.* & præsertim cum de pœna agitur. Nam pœnæ legum interpretatione molliendæ potius sunt, quam exasperandæ, *L. interpretatione*, *D. de pœn.* Huc pertinet, quod dicitur, odia non esse interpretatione adiuvanda, *L. cum quidam*, *D. de lib. & post.* unde regula iuris Pontificii, *in c. odia*, *extr. de reg. iur.*

Ait constitutio, *rerum apud alios constitutarum*. Rerum † dixit generaliter, 4
non distinguens, mobiles essent, an immobiles. Ex quo intellectum est, hac constitutione teneri omnes, qui rem quamlibet invaserunt, etiam mobilem: quod positum est *in §. pen. Inst. de vi bon. rap.* Hinc quæsitum est, an hac constitutione teneatur, qui possessionem iuris alieni, occupavit, puta servitutis. Ut si dominus, qui iter debet per fundum suum, prohibeat vi adversarium eo itinere uti: aut si proprietarius, qui usumfructum debet, fructuarium a fundo eiiciat, eumque uti frui prohibeat. Et perspicuum est hunc non teneri: non quod non teneretur; si istarum rerum possessionem invadere posset: sed quod earum rerum nulla est possessio, quam invadat. De usufructuario iam supra dixi: De eo, qui prohibetur itinere sibi constituto uti, palam est huius iuris possessionem non invadi, quia res incorporales non possidentur, nisi abusive, *L. servus*, *§. incorporales*, *D. de acq. rer. dom.* Deinde dominus, qui usum huius prohibet, nihil possidere intelligitur, eoque nullius rei possessionem sibi invadere. Is enim invadit possessionem, qui occupatam sibi tenet. Postremo etsi invaderet possessionem itineris, non tamen invadit possessionem rei apud alium constitutæ. Qui enim iter per fun-

fundum debet, is nihilominus fundum apud se constitutum habet.

Addit constitutio: *ante adventum iudi-*
5 *cialis arbitrii.* Hic † arbitrium iudicis accipere debemus, non quamvis sententiam iudicis de re controversa, non quemvis eius iussum: sed arbitrium & iussum de re, de qua in hac constitutione agitur, idest, arbitrium, quo iudex pro potestate iudicis potestatem facit rei, de qua controversia est, vi occupandæ. Pro potestate autem iudicis facere intelligitur, cum in rei vindicatione possessor rem restituere iussus, iudici non paret. Nam si reus rem possideat, licet iudici manu militari rem transferre, *L. qui restituere, D. de rei vind.* Hinc colligimus, si quis ante arbitrium & sententiam iudicis de re controversa restituenda, rem sua auctoritate occupet, citra controversiam hac constitutione teneri. Idem esse, probandum est, etiamsi quis obtinuerit sententiam & arbitrium iudicis, quos adversarius iubetur rem restituere. Nam hæc sententia actorem non excusat, si sua auctoritate rem, de qua agitur, occupavit, ut dixi *ad L. meminerint, supra.* Sed etsi magistratus iusserit rem alienam occupari, si id fecit caussa non cognita, denique non pro officio & iure magistratus: hæc sententia & arbitrium neque magistratui patrocinatur, neque invadenti, qui iniusto arbitrio utitur, arg. *L. 3. D. quod met. causs. L. nec magistratibus, D. de iniur.* Idque consentaneum est verbis huius constitutionis, quæ arbitrium exigit, sed iudiciale, idest, conveniens iudici. Summa est hæc: qui rem, quæ ab alio possidetur, vel vi eripit mobilem, vel immobilem occupat, vetere possessore deiecto, si id auctoritate legitima magistratus non facit, hac constitutione tenetur.

Habemus delictum, quod coercetur, & eum, qui coercetur. Pœna constitutionis hæc est. Primum qui rem invasit, sine exceptione rem restituere cogitur: quod est cum interdicto *unde vi* commune. Deinde, quod est proprium huius constitutionis, si dominus fuit: iubetur dominium amittere. Quo loco duo quæsita sunt.

6 Primum, † an qui invasit, dominium iure suo amittat, an per iudicem duntaxat, iudice de eo sententiam ferente. Verius est, idque vulgo placet, solum per iudicem, non ea ratione, quæ illis redditur, quia constitutio ita scripta sit ut dicat, *amittat*, in futurum: non autem amittit, aut amisit, (quod certe eius sententiæ non idoneum argumentum est: cum ideo constitutioni necesse fuerit uti verbo futuri temporis, quia constitutio in admissum futurum concipiebatur, ut de eo etiam necesse fuerit pœnam futuram constituere) sed potius hoc argumento, quod constitutio eodem loco iubet eum, qui rem invasit, simul & rem restituere, & dominium rei amittere. Hæc enim cum una oratione in unam personam coniuncta sint: quod in altero membro intelligitur, necesse est etiam in altero intelligi. *arg. in L. 4. §. 1. D. de vulg. & pup. subst.* At cum iubemur rem restituere, intelligimus per iudicem, vis namque prohibetur. *L. exstat, D. quod met. caus.* Ergo & cum eodem contexta iubemur dominium amittere, hic quoque per iudicem intelligere debemus. Quo admisso, consequens est, nisi a iudice petitum sit, ut qui rem invasit, dominium transferat, iudicem de eo statuere nihil posse. *L. ult. supra, de fideicomm. lib.* proinde etiam dominium apud invasorem manere.

Illud notandum, invasorem dominium sic amittere, si dominium ad eum, cui res ablata est, transire possit. Quod si Iudæo mancipium Christianum ereptum sit, ideo qui invasit, dominium non amitteret Christiani mancipii, quia ad Iudæum transferri non potest. *L. 1 supr. ne Iud. Christ. mancip.* Sed pro domino reus, qui eripuit mancipium, æstimationem præstabit ex constitutione, quæ alterutrum præstare iubet.

Quod tamen apparet ita recte dici, siquidem dominium ad eum redire debet, cui res erepta est. Hinc quæsitum † se- 7
cundo loco, id dominium cui adiici debeat, utrum fisco, an privato, cui erepta res est, aut qui deiectus est? Dicendum est, privato: ad quod confirmandum recte adhibetur *L. ult. D. de litig. L. pen. supr. de leg.* Et generaliter definiemus, cum adversus delictum pœna pecuniaria infligitur, neque nominatim applicatur fisco, toties pœnam privato tribui in solatium iniuriæ & damni, quod passus est, *d. L. ult. D. de litig.* Quod satis probatur argumento earum pœnarum, quæ constituuntur adversus raptores, fures, & qui vim intulerunt, quæ omnes certo iure iis, qui vim & furtum passi sunt, præstantur.

Quod si is, † qui rem invasit, dominus 8
non sit: iubetur æstimationem ipsius rei possessori præstare, vel ut sunt verba constitutionis, æstimationem ipsarum rerum. Quæ verba diligenter expendenda sunt, ut intelligamus, non sic præstari æstimationem possessionis, quæ possessori ablata est,

Digitized by Google

est: ut scilicet æstimetur, quanti Intersit eius ipsum possedisse; sed æstimationem ipsius corporis, etiamsi is, a quo res occupata est, nullo modo dominus fuerit, sed prædo. Hoc contra fit in Interdicto *uti possidetis*, adversus eum qui alienam possessionem turbavit, *L. pen. in fin. D. uti poss.* item in actione *quod metus caussa*, adversus eum qui vim fecit, ut sibi possessio fundi traderetur, *L. si mulier*, *§. qui possessionem*, *D. quod met. caus.* Sed hoc ius novum est, quod ut in maiore delicto pœnam graviorem constituit. Pœnam supra scriptam actione consequimur.

9 Et † cum hic nova obligatio constituatur, neque cautum sit, qua actione experiamur: constat ex lege agendum, seu in eam rem condictionem esse ex lege, *L. unica*, *de condict. ex leg.* Hæc possessori, cui possessio ablata est, datur his verbis, *restituat possessori*. Datur & recuperandæ possessionis nomine, & pœnæ, quam diximus, persequendæ: proinde duarum rerum diversarum caussa. Ex quo intelligitur, unius rei condictione alterius condictionem non consumi, *L. si pro fure*, *§. 1. D. de cond. fur.* Itaque qui prius de possessione egit solum, non prohibebitur postea petere, ut dominium in se transferatur, aut sibi æstimatio rei præstetur. Quinetiam si is, cui possessio ablata est, ultro possessionem receperit sine iudice: non prohibebitur tamen pœnam postea persequi: quia qui delicto suo in pœnam postea incidit, is ut pœnitentia sua non mutat delictum, sic nec teneri desinit, *L. qui ea mente*, *D. de furt.*

Etsi autem constitutio hæc generaliter scripta sit adversus omnem, qui vi possessionem invasit: sunt tamen quatuor ordines eorum, quos putamus hac lege non teneri.

10 Primum † non tenentur omnes qui intellectu & dolo carent, quo in numero sunt furiosus, *L. Divus*, *D. de off. præs.* item infans, & qui infantiæ proximus est, *§. in summa*, *Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* Secundo loco non tenentur parens filio, patronus liberto. Nam hi certo iure non tenentur liberis, aut libertis ulla actione, quæ iniuriæ, aut doli, aut vis habeat mentionem, propter honorem natura his debitum, *L. parens*, *& 2. seqq. D. de obseq. par. & pat. præst.* Nec ad rem pertinet, quod hæc constitutio neminem excipit: hæc enim regula nobis tenenda est in omni interpretatione legum; quoties una aliqua lex de toto genere in universum scripta est, & alia lege species aliqua ex eo genere excipitur, semper generi per speciem derogari, *L. in toto iure*, *D. de reg. iur.* idest, speciem generali constitutione non contineri. Hæc constitutio est de omnibus invadentibus: species iovasorum sunt, pater, patronus. Proinde si quid de his proprii iuris constitutum est, ad generalem constitutionem non pertinet. Ne illud quidem ad rem pertinet, quod hæc constitutio generalis posterior est illo iure de parentibus & patronis constituto. Nam & hoc in iure est, posteriores leges ad priores referri, si contrariæ non sint, *L. sed & posteriores*, *D. de legib.* Proinde priores sic accipi debere, quasi posteriores de prioribus cogitassent, easque confirmassent, aut quasi priores postea essent scriptæ. Tertio loco ad hanc constitutionem non pertinent magistratus, qui iure officii, quo funguntur, possessionem a reo occupant, & in actionem transferunt. Hoc enim iure fit; & quod fit iure, pœnam non meretur, *L. 3. D. quod met. caus. L. nec magistratibus*, *D. de iniur. L. Gracchus*, *infr. ad L. Iul. de adult.* Eadem in caussa privatos haberi oportet, qui auctoritate iudicis possessionem occuparunt: quod ipsum verbis huius constitutionis effici videtur. Postremo recte vulgo putant, non teneri pœna huius legis eum, qui furem fugientem persecutus, ei rem suam abstulit. Argumento *L. ait prætor*, *§. si debitorem*, *D. quæ in fraud. cred.* Quod & ipsum ex sententia huius legis satis colligitur, cum adventum arbitrii iudicis exspectari iubet. Hinc enim intelligitur, constitutionem ad eas caussas non pertinere, in quibus permittitur sine iudice se defendere. Licet autem toties, quoties post vulnus acceptum non licet remedium adhibere *L. 1. supr. quan. lic. sine iud. se def.*

His exceptis, sic statuemus de omnibus, de quibus hoc loco quæsitum est: quicunque rem vi invaserint, quæ ab alio possidetur, omnes in hanc constitutionem incidere sine exceptione sexus, ætatis, conditionis, beneficii a lege tributi. De quibusdam tamen dubitatum est. Primum † 11
de fœmina, quoniam constitutio ita scripta est, *si quis*, non *si qua*. Sed res hæc decisa est iure certo *L. hoc verbum*, *si quis*, *1. L. pronuntiatio*, *in pr. D. de verb. sign.* nempe in omnibus legibus hoc verbum, *si quis*, tam fœminas, quam masculos continere: quod vel maxime admittendum est in hac lege ex legis sententia. Nam hic est constitutio in odium sexus virilis, sed ad delictum coercendum lata. Hoc delictum maius in fœmina invadente, quam in masculo; quia illa invadens

vadens, præterquam quod delinquit, quod fit illi cum aliis invasoribus commune, etiam facit contra modestiam & pudicitiam sexui congruentem. Magis igitur ex sententia legislatoris delictum in ea coercendum.

12 Deinde dubitatum est † de iis personis, quibus permittitur in iure errare, in quo genere sunt minores, fœminæ, milites item rustici. *L. regula, D. de iur. & fact. ignor. L. 2. D. si quis in ius voc. non ier.* Nam hoc iure posito, licere supra scriptis personis hoc ius & cætera ignorare, effici videtur, eas, si quid adversus hanc constitutionem commiserint, non teneri: Sed sciendum est, nullorum delictis iuris errorem patrocinari, si quid in faciendo deliquerint, non negligendo, quod indicatur in dicta *L. regula, in pr. de iur. & fact. ignor.*

13 Postremo † dubitatum est de iis, quibus prohibitum est, res suas alienare, quo in numero sunt minores 25. annis, *L. 1. D. de reb. eor. L. lex, quæ. supr. de adm. tut.* item prodigus, cui bonis interdictum est, *d. L. 1. de cur. fur. L. is cui bonis, D. de verb. ob.* item filiusfamilias in bonis adventitiis, *L. ult. §. filiis, supr. de bon. quæ lib.* Ac de his dubitandi caussa ex eo, quod hac constitutione, qui rem invasit, dominium suæ rei amittit, & alienat, aut etiam æstimationem rei de suo præstat, quod isti superioribus legibus facere prohibentur. Sed recte sentiunt, qui existimant, istos omnes hac constitutione teneri, si rem invaserunt. Neque impedimur iis legibus, quæ istis personis alienationem, rerum interdicunt Interdicitur enim alienatio voluntaria, non etiam necessaria, *L. 1. D. de fun. dot. L. alienationes, D. fam. erc.* Ea autem, de qua hic agitur, necessaria est. Primo enim liberum fuit non invadere. Postquam invaseris, hæc necessitas lege imponitur, ut alienes; sed & illud iure imponitur, ut delictum coerceatur. Non incommode etiam in istis personis respondeatur hoc modo: Plane superioribus legibus prohiberi illas personas, ne alienent. Nunc autem ex hac constitutione eas non alienare, sed legem; pro qua sententia facit, quod dicitur in *L. 1. D. de auct. tut.* in iis, quæ fiunt, spectari debere, quod principaliter fit, non quod per consequentiam. Principaliter hic delinquitur: per consequentiam fit, ut res alienetur. Itaque & de prodigo hoc ius probandum est, qui minoribus curatorem habentibus comparatur. *L. si curatorem, supr. de in integ. rest. min.* Obiiciet tamen fortasse aliquis, quod est de prodigo in *L. hi, qui. §. 1. D. de tut. & cur. dat.* prodigum furioso comparari in bonorum alienatione. Sed hoc dictum est de prodigo, cum volens alienat, non cum invitus facit. Et sane in proposito, cum prodigus rem invadit, non hoc animo est, ut rem alienet, sed ut sibi acquirat.

Recte † tamen indicare mihi videtur 14
Bartolus, qui putat, ad hanc regulam non pertinere filiosfamilias, qui possessorem de bonis suis adventitiis deiecerunt, aut rem alicui eripuerunt: denique eos bonorum suorum adventitiorum dominium non ideo amittere, hac ratione, quia quod interdicitur illis, ne alienent adventitia, non magis ipsorum, caussa constituitur, quam parentum, ad quos filiis mortuis peculium adventitium pleno iure redit. Neque vero delictum filii ipsis nocere, & rem eis in aliquem casum destinatam illis auferre debet, in quam sententiam ille recte uti videtur *arg. L. sed si alias, D. de bon. dam. L. Statius, §. ult. D. de iur. fisc.*

Ad L.

Ad L. Momentariæ. 8.

Impp. Arcad. & Honor. AA. Pasiphilo.

Momentariæ possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, meretur, Datum VI. Idib. Iul. Mediolani, Olybrio & Probrino Coss.

SUMMARIA.

1. *Momentariam possessionem recte dici omnem, quæ obtinetur ex quovis interdicto: & cur ita dicta.*
2. *Momentariæ possessionis interdictum in hac lege non aliud dici, quam interdictum* unde vi.
3. *Interdictum* unde vi *cur per excellentiam dictum interdictum momentariæ possessionis.*
4. *Mox restituendum, qui deiectus est, id est statim, & sine exceptione.*
5. *Aliud interdictum fuisse olim de vi publica, quæ fit hominibus coactis & armatis: aliud de vi privata & quotidiana, quæ fit sine armis, differentiam hac lege maxime sublatam.*
6. *Interdictum* unde vi *non semper ad vim publicam pertinere, vel privatam, quam hic significationem habeat.*
7. *In interdicto* unde vi *vim obiicientem in crimen se inscribere ad pœnam talionis non cogi.*
8. *Deiecto interdictum esse etiam ei, qui prius adversarium deiecisset, neque hic locum habere, quod dicitur, paria delicta mutua compensatione tolli.*

MOmentariæ possessionis interdictum, quod hic appellatur, sunt, qui interpretentur omne interdictum, non tantum recuperandæ possessionis, *Unde vi*; sed etiam adipiscendæ & retinendæ, ut sit sententia: Omne interdictum, sive sit adipiscendæ, sive recuperandæ, sive retinendæ possessionis, mox transigi debere.

1 Et certe † in omnibus interdictis de possessione momentaria agi videtur, quia omni interdicto ea possessio obtinetur, quæ apud victorem momento manet: nempe eo usque donec iudicio petitorio de proprietate agatur, quo uti non prohibetur is, qui de possessione victus est, *L. un. sup. si de mom. poss. fuer. appell.*

2 Sed † multa sunt, quæ hanc interpretationem repudient. Primum rescripti verba. Dicitur enim hic *interdictum*, non *interdicta*, ut species una certa notetur. Additur, *momentariæ possessionis*, quo significatur, esse quædam interdicta non momentariæ possessionis, ut si quis diceret, interdictum recuperandæ possessionis, aut actionem rei persequendæ caussæ: intelligeremus ideo dici, quia esset aliquod interdictum non recuperandæ possessionis, actio aliqua non rei persequendæ caussa. Denique si hic omnia interdicta intelligebantur, ita scribi oportuit: *Interdictum omne, quod non semper ad vim pertinet, mox audiri meretur*. Iam vero in ea constitutione unde hoc fragmentum sumptum est, quæ exstat in Codice Theodosiano, *Libr.* 2. *tit.* 1. *lib.* 8. interdictum momentariæ possessionis intelligitur tantum interdictum *Unde vi*. Consulebantur enim Imperatores a Pasiphilo, cuius erat iurisdictio de caussis criminalibus, an de caussis privatis & pecuniariis cognoscere interpellatus posset & deberet, si in his aliqua species criminis versaretur; & ob id quærebatur, an momentariæ etiam possessionis interdictum proponi apud eum posset, ita ut mox audiri mereretur. Quæ quæstio interdictis adipiscendæ & retinendæ possessionis convenire non potest, in quibus crimen non versatur. Postremo huius ipsius loci sententia repugnat, quo minus de interdictis adipiscendæ & retinendæ possessionis interpretemur. Nam quod dicitur, interdictum momentariæ possessionis mereri audiri, interdum etiam *sine inscriptione*, nullo modo potest his interdictis convenire, in quibus nullum crimen est. Proinde nulla accusatio: ob eamque caussam nulla inscriptio in crimen: stulte enim constitueretur id, de quo dubitari non potest, *L. Domitius, D. qui test. fac. poss.* Absurde etiam constitueretur interdum, illa audiri debere sine inscriptione, quasi aliquando cum inscriptione audiri deberet: quod falsum est. Ubi enim nulla accusatio est, illic inscriptionem locum habere non posse constat. *L. ult. infr. de accus.*

Ex his apparet momentariæ possessionis interdictum hic intelligendum esse interdictum *Unde vi*, in quo crimen vis versatur.

Sed † cur hoc præcipue dictum momentariæ possessionis, cum & ex cæteris quæcunque possessio est, ea sit momentaria, 3

ut

ut qua constituta, nihilominus integra proprietatis caussa servetur, ut est in *L. unica, sup. si de mom. poss. fuer. app.* Eo fit, quia in cæteris interdictis solum tunc proprie possessio est momentaria, cum ex his iam obtinetur: quæ autem adhuc in petitione est & persecutione interdicti, non item: in interdicto autem *Unde vi*, utroque tempore recte dicitur momentaria: & quo iam recepta est, quod est cum cæteris interdictis commune; & quo de ea adhuc controversia est ex interdicto, quia momento & summatim res transigitur. Nam in cæteris interdictis reo competunt suæ exceptiones adversus interdictum: ut in interdicto *Uti possidetis*, hæc exceptio est adversus eum, qui agit: nisi ille a reo vi, clam, aut precario possideat, *L.* 1. *§. ult. D. uti poss.* In interdicto, *Quod legatorum* est hæc exceptio: nisi legatarius satisdederit, *L.* 1. *§. pen. D quod leg.* Idemque in aliis interdictis similibus licet observare. In interdicto autem *Unde vi*, qui deiectus est, sine exceptione restitui debet. Hinc vere & præcipue interdictum momentariæ possessionis.

4 De hoc interdicto duo hic constituuntur. Primum hoc interdictum † *audiri mox* debere. *Mox* valere, confestim & sine mora. Id sic interpretamur, *sine ulla exceptione*, ut scilicet qui deiecit, statim restituere debeat eum, qui deiectus est in eum locum, unde deiecit, quanvis hic prius illum vi deiecisset, aut clam ab illo, vel precario possideret. Hæc sententia iuris posita est in *§. recuperandæ, Inst. de interd.* Convenit etiam verbis huius loci. Proinde quin huic loco recte a nobis aptetur, dubitari non potest. Sed hic quæret aliquis, si interdictum *Unde vi*, iam olim fuit momentariæ possessionis, & id ita interpretamur, fuisse eius possessionis, de qua statim & sine exceptione cognosci potuerit, quid opus fuerit hac constitutione. Et ex iure antiquo id facile intelligi poterit.

5 Sciendum † est olim aliam fuisse caussam, si quis alium deiecisset vi publica, idest, hominibus coactis & armatis; aliam, si vi privata, idest, sine armis, quæ etiam vis quotidiana dicebatur, quia & inferretur a privatis, & moribus inferri soleret, teste Cicerone *in Orat. pro Cæcin.* Si quis vim publicam fecisset, huic nulla erat exceptio adversus interdictum, quin eum, quem deiecerat, eo unde deiecerat, restitueret sine ulla exceptione. Ei autem, qui vim privatam & sine armis fecisset, competebat hæc exceptio: nisi is qui deiectus est, a reo vi aut clam, aut precario possideret, ut Cicero in eadem oratione docet: quod & ab aliis eruditis viris annotatum est, ut Duareno *lib.* 1. *Disp. c.* 20. Eguin. Barone, *ad initium huius tit. D.* Hoc ius ita valuit temporibus Ciceronis, ut pervenerit etiam ad tempora Ulpiani & Pauli, quod hæc fragmenta probant, de vi publica, *L. sed si vi armata, D. de vi & vi ar.* de vi privata & sine armis, *L. §. qui a me, & L. cum fundum*, illic, *non enim ab ipso. D. eod.* Postea hoc ius immutatum est, & obtinuit, ut etiam qui sine armis alium deiecisset, eum, qui deiectus est, sine exceptione restitueret, quanvis ab adversario prius deiectus esset, aut adversarius prius clam ab ipso, aut precario possideret. Hoc ius primum constitutum videtur a Constantino in *L. si quis, infr. ad L. Iul. de vi publ.* ubi hæc verba sunt: *si quis vim possidenti intulerit, ut ei quem constiterit expulsum, amissæ possessionis iura reparentur, eademque protinus restituta de crimine quæratur.* Sed tamen restabat adhuc hæc dubitatio, an ea constitutio, generaliter scripta ad vim privatam pertineret. Hæc dubitatio hac constitutione sublata est, qua cavetur interdictum *Unde vi* mox audiri debere, non tantum si ad vim publicam pertineat, sed etiam si ad privatam.

6 Id enim † significant illa verba: *interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel privatam.* Est enim hic sensus: interdictum quod non semper ad vim armatam pertinet, aut semper ad privatam; sed interdum ad publicam, interdum ad privatam, mox audiri meretur: ut scilicet sine ulla exceptione ad utramque vim pertineat, sive de hac, sive de alia agatur. Ex quo iam dubitari non oportet, quin quod in *§. recuperandæ, Inst. de interd.* generaliter secundum verba scriptum est, eum, qui deiectus est, sine exceptione restitui debere eo, unde deiectus est: id etiam re & sententia generaliter accipi debeat ex hoc loco de vi utraque. Altera † 7 adiicitur hac constitutione: hoc idem interdictum etiam sine inscriptione *interdum* audiri debere. Interdum, dicunt Imperatores, quia si is, qui interdicto agit de re pecuniaria & sua, idem criminaliter agat de vi: eum ex forma usitata iuris se in crimen inscribere oportet: de quo iure est in *L. ult. infr. de accus. L. libellorum, L. si cui crimen, D. de accus.* Quod si qui interdicto experitur, idem criminaliter non agat de vi: quantumvis interdicto vim obiiciat adversario, tamen se in id crimen inscribere ad pœnam talionis

lionis subeundam non cogitur, quoniam civiliter agitur, non criminaliter, ut patet ex suprascriptis.

8 Illud monendi sumus, † quod supra dictum est, si a te sim deiectus, deinde ego te deiiciam ex intervallo, me tibi teneri interdicto *Unde vi* sine ulla exceptione, quanvis a me vi possideas: id non eo pertinere, ut tu mihi vim impune feceris. Nam & mihi interdictum *Unde vi* adversus te competit, quo possessionem mihi restituere cogeris. Unde quaesitum est, videatur ne id contrarium ei sententiae iuris, qua placet paria delicta mutua compensatione tolli: ut qui illa invicem admiserunt, neuter adversus alterum eo nomine actionem habeat. *L. si duo, D. de dol. L. vero, D. sol. mat.* Respondeo, nihil hanc sententiam adversari, nec ad hoc interdictum, de quo agimus, pertinere. Tunc enim verum est paria delicta mutua compensatione tolli, cum licet utrinque ea delicta obiicere, ut sic in iudicio audiantur. At interdicto *Unde vi*, tantum quaeritur de vi eius, qui deiecit, non autem de vi eius, qui deiectus est, quoniam illi vim obiicere ad defensionem non licet: quo fit, ut mutua vis accusatio in hoc iudicium incidere non possit.

Ad L. Si quando. 9.

Imp. Zeno A. Sebastiano *Praefecto pretorio.*

Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis vel invasis, vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur: si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare: taxatione a iudice facta pro personarum, atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet: nec liceat ei ultra taxationem a iudice factam iurare: & quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet. Datum Idib. Decemb. Constantinopol. post consulat. Basil. II. & Armatii V. C.

S U M M A R I A.

1. *Deiecto iuranti, quas res & cuius aestimationis habuerit in eo loco, unde deiectus est, fidem hac lege haberi; & huius iuris aequitas.*

2. *Taxare iurisiurandi quantitatem iudici licere, idque faciendum pro personarum & negotii qualitate, & horum utrumque quid sit.*

QUI dicit sibi res in eo loco fuisse, unde deiectus est, & sibi eas periisse, secundum regulas iuris probare debet, ac nisi probet, reus absolvendus est *L. 2. D. de prob. L. qui accusare, supr. de eden.* Porro idonea & legitima probatio ad id docendum est in testibus: non est idonea, si is, qui dicit, iuret ita esse adversario non deferente *L. 3. in pr. D. de iureiur.* Veruntamen hoc genus probationis necessitas duabus in caussis admisit. Una est, cum actor probavit rem sibi debitam fuisse, eaque culpa debitoris periit. Nam tunc rei eius aestimatio, quae ab actore iam facile probari non potest, eius iureiurando committitur, ne debitoris mora & culpa ei fraudi sit *L. in actionibus, §. plane, D. de in lit. iur.*

1 Altera caussa est, † cum quis vim fecit in aedes, aut fundum alienum, & dicuntur in eo loco res mobiles fuisse, quae perierint, de quibus is, qui deiectus est, dicat se probare non posse, quae & cuius aestimationis fuerint. De hac specie est haec constitutio: qua cavetur, ut actori de quantitate & aestimatione earum rerum iuranti fides habeatur. Quod aequissime constitutum est. Quod enim generaliter traditur, neminem in sua caussa iudicem, aut testem fieri debere, idque initium esse, *L. un. sup. ne quis in sua cau. iud. L. Iulian. ait, D. de iud. L. nullus, D. de testib.* ita verum est, nisi culpa & vitio adversarii necesse sit rem actoris iuriiurando committi. Quod in hac specie accidit: necesse est enim id ita fieri, si volumus actorem ius suum consequi, quod adversus vim quovis modo constitui aequissimum est. Primum, quia ipsa per se maleficia impunita esse non debent, *L. ita vulneratus, D. ad L. Aquil.* Deinde, quia ita statui tunc sit aequius, cum periculum est, ne quis impune vim, aut damnum patiatur, *L. si longius, §. 1. D. de iud.* Ergo, ut supra proposui, in his caussis hoc iusiurandum ad probationem necessitas induxit, sine qua iniquissimum est cuiquam in re sua, quanvis iurato, fidem

dem haberi. Adiicitur hac lege, quod actor de aestimatione earum rerum iuraverit, id iudicem sequi oportere.

2 Sed quoniam † fieri potest, ut in immensum iuret, adiicitur eadem lege recte facturum iudicem, si cum audierit, quid actor dicat de illis rebus, quas sibi periisse dicit, priusquam iusiurandum illi deferat, taxet iurisiurandi quantitatem, seu modum statuat quem iureiurando non liceat excedere, ne in infinitum iuretur, quod iudici sequi postea necesse esset. Haec eadem de necessitate sequendi iurisiurandi, & de taxatione initio adhibenda, ex iure vetere sunt, traduntur que explicatius in *L. videamus, §. iurare, & §. seq. D. de in lit. iur.* quorum de utroque ad eum locum scripsimus. Adiicitur his, *iudicem aestimationem taxaturum pro personarum & negotii qualitate*. Quod sic interpretandum est: ut si pauper sit, & dicat, sibi supellectilem auream & pretiosam ibi fuisse: vel si locus angustus sit, & dicat, plura ibi fuisse, quam locus videbatur posse capere, non audiatur.

Ad L. Non abs re. 10.

Imp. Zeno A. Sebastiano *Praefecto praetorio.*

Non abs re est, quemadmodum possessionis alienae invasores, tam vetus, quam praesens sacra constitutio censuit esse puniendos: ita nec conductoribus, & possessionis alienae detentoribus impune procedere, si locatoribus forte vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint resistendum: & non protinus, id est, non exspectato iudiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque iubemus pro tanta suae iniquitatis impudentia, si cognitionis iudiciariae eventu fuerint condemnati: rei, cuius possessionem sponte restituere usque ad definitivam sententiam minime passi sunt, aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli. Datum V. Kal. April. Constant. Theodorico & Venantio Coss.

SUMMARIA.

1. *Sententia huius legis.*
2. *Generalem hanc constitutionem esse pertinentem non ad conductores tantum, & precario possidentes, sed ad depositarios, commodatarios, & omnes alienae possessionis detentores.*
3. *Constitutio haec solum atiiis in rebus soli.*
4. *Rei acceptae recusandae interdum iustas caussas esse, ex his recusantem reddere poena huius legis non teneri,* L. si quis conductionis. C. de loc. & con. *exposita* ibid.
5. *Eum, qui rem iudicato denegatam ante sententiam restituit, ad hanc legem non pertinere.*
6. *Eos, qui res suas repetunt ab iniustis detentoribus, recte petere una cum re etiam rei aestimationem; & iudicem ita condemnare reum posse & debere, etsi aestimatio debeatur sub conditione, si reus rem ante sententiam non restituerit.*

1 QUI † rem ab alio acceptam eius nomine possident, quales sunt conductores, & qui rem precario acceperunt, hi quamvis reposcenti rem non reddant, ac propterea invito eo, a quo acceperunt, detineant; non tamen dici possunt rem invasisse, quam ab initio volente domino acceperunt, & quem postea aditu aedium, aut fundi locati non prohibuerunt, eo etiam in poenam *L. si quis in tantam,* non incidunt. Placuit tamen hac constitutione eos eadem poena afficiendos esse, si modo haec concurrant; ut & sine iusta caussa recusent rem restituere lis, a quibus acceperunt, & praeterea iudicio conventi in ea recusatione perseverent usque ad sententiam definitivam, idest, eo usque, donec sententia iudicis de re restituenda condemnentur. Hanc autem improbae recusationis poenam ferunt, ut una cum re etiam aestimationem rei reddere compellantur. Quae plane poena est adversus invasores rei alienae constituta in *d. L. si quis in tantam.* Unde facile intelligitur, veterem constitutionem, quae in principio huius legis nominatur & confirmatur, esse illam ipsam *L. si quis in tantam.*

2 Observandum † est, hanc pœnam constitui nominatim adversus conductores, & eos, qui precario acceperunt, ut & in *L. conductores, supr. de loc. & cond.* Quid si erit is, qui rem commodatam, aut depositam acceperit, quam eadem improbitate recuset reddere? dicemus & hunc hac constitutione teneri, & omnes omnino, qui sunt in possessione alienæ rei, quam a possessore acceperint. Etsi enim conductores & qui precario acceperunt, specialiter nominentur, tamen exempli caussa id fit. Nam alioqui generalis constitutio est in illis verbis, quæ sunt in principio, *ita nec conductoribus, & possessionis alienæ detentoribus*. Sed ideo & de depositario & de commodatario nihil his constitutionibus exprimitur, quia si quis rem mobilem sibi commodatam, aut apud se depositam reposcenti etiam extra iudicium non reddit, eius rei furtum facit, *L. si sacculum, D. deposit. L. 3. supr. depos. §. placuit, Instit. de obl. quæ ex del.* Et ita statim in duplicem pœnam incidit, ut merito neque litis contestatio, neque alia sententia sit exspectanda ad hanc pœnam persequendam, neque minor pœna desideranda, ubi maior suppetit.

3 Quamobrem † hæc constitutio solum utilis est in rebus soli: quarum contrectatione furtum non committitur *§. quod autem, Inst. de usuc.* Idcirco præcipue de conductoribus rerum soli, & de iis, qui precario eas detinent, hic exempla posita sunt.

Pœna constitutionis habet duas has conditiones. Una est, si quia reposcenti reddere rem recuset sine iusta caussa. Quod

4 eo additum est: † quia iustæ & probabiles caussæ esse possunt recusandi, *L. colonos, in fin. D. eod. L. si quis rem, in fin. D. de acq. poss.* Cuius generis est, si is qui conduxit, aut precario accepit, dicat se eius rei dominum esse. Nam neque precarium, neque conductio rei nostræ consistit: ut proinde qui dominus est, neque precario, neque ex locato teneatur, *L. neque pignus, D. de reg. iur. L. qui rem, D. dep. L. qui rem, supr. de loc. & cond.* Non obstat, quod in *L. si quis conductionis, supr. de loc. & con.* dicitur, si quis conductionis titulo rem acceperit, eum prius debere possessionem restituere, & tunc de proprietate litigare. Hoc enim ita interpretandum est: si de possessione agatur, quod fit ex interdicto, aut actione ex caussa interdicti. *§. retinendæ, § possidero, Institut. de interd.* Tunc enim prius de possessione his dicenda est, deinde quærendum de proprieta-

te. Diversum est, si ex locato agatur ad rem conductam recipiendam. Nam hac actione dominus non tenetur certo iure, *d. L. qui rem, D. dep.* Tales sunt caussæ conductoribus, si nondum finito tempore conductionis res repetatur, dum illi mercedem solverint, *L. 3 sup. de loc. & cond.* Item, si quas illi impensas utiles in rem conductam fecerint: quo nomine non tantum retentione uti possunt, sed & ultro actionem ex conducto habent, *L. dominus. §. 1. L. penul in prin. D. loc.*

Altera † conditio adiicitur, si supra scriptæ personæ in ea recusatione usque ad sententiam perseveraverint. Unde intelligimus, si pœnitentia acta rem ante sententiam restituerint, eos, pœna huius legis non teneri. Itaque hic pœnam non inficiationi & contrectationi alienæ constitutam esse, sed improbæ & contumaci recusationi. 5

Quod de pœna scriptum est *in fine legis*, conductores scilicet suprascriptos una cum re etiam rei æstimationem præstare compelli, puto hanc sententiam habere ex perpetuo iudiciorum more, ut compelli debeant sententia iudicis, qui & ad rei æstimationem, & ad rei restitutionem condemnabit.

Quo † loco quæsitum est, utrum eodem iudicio & eadem sententia iudicis id fieri possit, an vero condemnato conductore ad rei restitutionem, novo iudicio & nova petitione sit opus ad rei æstimationem consequendam? Quin novo iudicio æstimatio peti possit, si forte priore iudicio reus in rem condemnatus non sit, dubitare non debemus. Nam cum sit hac constitutione nova obligatio de æstimatione constituta, intelligimus etiam petitionem, nempe condictionem ex lege de ea esse constitutam, *L. unic. D. de con. ex leg.* Quocirca & ea separatim uti possumus: cumque sint duarum rerum petitiones, una rei, altera æstimationis: nunquam una alteram consumit, *L. si pro fure, §. 1. de cond. fur.* Sed hoc dubitatur, quod dixi, apud quem de rei restitutione agitur, possitne is eadem sententia rerum & de restituenda re condemnare, & præterea in eius rei æstimationem. Verba huius constitutionis significant, iudicem eadem sententia id facere posse. Non enim potest conductor compelli rei æstimationem præstare una cum re, nisi eodem tempore atque eadem sententia, eodemque iudicio id fiat. Sed rursum ius videtur id vetare, non enim potest iudex conductorem condemnare in rei æstimationem, nisi id petitum sit, *L. ut fundus, D. com. divid. L. ult. sup. de fideic. li-* 6

bert. Iam vero hæc æstimatio ab initio in iudicium deduci non potest. Vetat enim ius id peti, quod sub conditione debeatur, ne iudicium sit in pendenti, *L. non quemadmodum*, *D. de iud.* At æstimatio rei, de qua hic agitur, debetur a conductore sub conditione: si is patiatur, se de re restituenda condemnari. Quo effici videtur, eam æstimationem pendente hac conditione peti non posse. Quod si verum est: nec de ea æstimatione iudex sententiam ferre potest; quapropter & ad eam petendam novo iudicio erit opus. Nos de recepta sententia dicemus, iudicem qui de re restituenda cognoscit, eadem sententia conductorem, & ad eam rem restituendam, & ad rei æstimationem condemnaturum, si actor ab initio id petierit. Quominus autem id recte petat, eum iure non prohiberi. Nam quod dicitur, nihil peti posse pendente conditione: ad eam conditionem, de qua hic agitur, non pertinet. Sciendum est enim, eas conditiones pro conditionibus non esse habendas, quæ ex iure tacite insunt, etiamsi non exprimantur, *L. mutuo*. §. 1. *D. de tutel.* *L. heredis*, *L. cum fine*, §. 1. *D. quan. di. leg. ced.* Multo minus etiam pro conditionibus habentur, quas certum est esse exstituras, *L. si pupillus*, §. *qui sub conditione*, *D. de novat.* Talis autem ea conditio est, sub qua rei æstimatio a conductore hic debetur, si de re restituenda condemnatus erit. Hæc enim conditio inest iure, etiam si non exprimatur, & præterea talis est, ut iudice sententiam ferente de re restituenda omnino exsistat.

Ad L. ult.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *Præfecto prætorio*.

Cum quærebatur inter Illyricianam advocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec Unde vi, *interdictum, nec* quod vi, aut clam, *vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones per suam auctoritatem usurpare, sancimus talem possessorem, ut prædonem intelligi, & generali iurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus. Ridiculum enim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere: cum talis depositio in furti actione iamdudum veteribus legibus definita est, dicentibus: si quis alienam rem adversus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur: his videlicet, quæ super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula. Dat. XIII. Kal. Nov. Constantinop. post Consul. Lampadii & Orestis VV. CC. anno secundo.*

S U M M A R I A.

1. *Sententia legis sigillatim verbis legis confirmata.*
2. *Vacua possessio occupata quæ hic intelligatur.*
3. *Rem suam, quæ a nullo tenebatur, qui sine vi occupavit, eum nullo iure teneri.*
4. *Idem esse, si quis bona fide putet suam.*
5. Teneri iurisdictione declarata legibus, *pro* teneri eo iure, *quod ex legibus dici solet.*
6. *Adversus eum, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, pœnam hic statui eandem, quæ vetus fuit ex interdicto unde vi adversus prædones.*
7. *Possessori veteri ex hac lege actionem esse, non domino, nisi & is possedit.*
8. *Pœnam adversus eum, qui sine vi rem alienam immobilem occupasset, nullam fuisse veteribus legibus, ideo hanc legem fuisse necessariam, qua pœna induceretur.*

1 Sententia est: qui † possessionem quamvis vacuam rei alienæ occupavit, quam intelligat ad se non pertinere, is tanquam prædo tenetur eo iure, quod veteribus legi-

legibus constitutum est de restituenda possessione adversus prædones, qui rem vi invaserunt. Dixi, *qui vacuam possessionem*, verba sunt in principio constitutionis.

2 Vacua † possessio proprie ea dicitur, quæ omnibus aliis iustis possessoribus & detentoribus vacua est, *L. 2. §. ult. D. de act. empt.* sed nihilominus recte dicemus, hac lege teneri eum, qui rem ab iis vacuam, qui corpore rem tenerent, sine vi occupavit; tametsi a domino absente possessio eius rei animo retineretur, quod fit, cum quis exempli gratia ad nundinas profectus est, nemine domi relicto. *L. clam, §. qui ad nundinas D. de acq. poss.* Nam si quis pœna & nomine prædonis dignus est, qui rem, quæ a nullo neque teneretur, neque possideretur, occupavit: multo magis eodem iure teneri debet, qui rem occupavit, quæ ab absente possidebatur, quamvis eam nemo corpore teneret.

3 Dixi † *possessionem rei alienæ:* quam lex initio vocat *possessionem absentium*. Hanc se intelligere indicat postea in illis verbis: *nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones*. Item illis: *ridiculum etenim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit*. Quare si quis suæ rei possessionem sine vi occupavit, cum res a nullo possideretur, is nullo iure tenetur. Merito: nulli enim quidquam detrahit, neque rem, neque possessionem.

4 Dixi, † quam intelligat ad se non pertinere. Verba sunt ex *versic. omnes autem*. Sane enim, qui iustam causam habet, cur putet rem suam esse, is bona fide possidet, eoque pœna dignus non est. Pœna, quam dixi, expressa est in constitutione his verbis: *Sancimus talem possessorem, ut prædonem intelligi, & generali ea iurisdictione teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sit legibus.*

5 Teneri † ea iurisdictione dixit, pro *teneri eo iure*, quod constitutum veteribus legibus, ex his ipsis legibus dici solet. Quæritur, quodnam sit id ius, quod veteribus legibus sit constitutum adversus prædones & invasores pro restituenda possessione. Palam est, non intelligi *L. si quis in tantam, sup. eod.* cuius pœna non est pro restituenda possessione, sed de dominio amittendo, aut rei æstimatione præstanda.

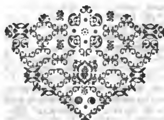
6 Restat † igitur, ut interdictum *unde vi* intelligatur, quo is, qui deiecto vetere possessore vacuam possessionem occupavit, tenetur: sitque hæc sententia, eum, de quo agitur, teneri ex hac lege eodem modo, quo prædo, si cum eo ex interdicto *unde vi* ageretur: ut scilicet non solum rem restituat, quam invasit; sed etiam omnia quæ ibi fuerunt, cum occuparet, quanvis ad eum non pervenerint. Et præterea ut de iis, quæ non pervenerunt, teneatur intra annum duntaxat, non etiam perpetuo, ut est ius de eo interdicto constitutum. *L. 1. in pr. §. rectissime, & seq. D. eo. L. 2. sup. eod.* Non obest, quod scribitur in extremo huius legis, ea, quæ de recipienda possessione hic constituta sunt a Iustiniano, locum habere intra triginta annos. Apparet enim hoc scriptum esse de possessione, quæ pervenit ad eum, qui rem alienam occupavit, quia non recipitur, nisi quæ pervenit. De eo actio est perpetua etiam ex iure vetere *L. 1. in pr. D. unde vi*. Sed hoc ita interpretatur Iustinianus ex posterioribus constitutionibus, dum actio non excedat triginta annos, *ex L. omnes, L. sicut, sup. de præsc. 30. vel 40. an.* Quod ad eas res non pertinet, quæ ad eum, qui non occupavit, non pervenerunt. Erit ergo de his ius vetus, ut is, de quo agitur, de illis rebus intra annum duntaxat teneatur. Nam qui vere prædo est, quique vi rem invasit, de his rebus, quæ ad eum non pervenerunt, non nisi intra annum tenetur. *L. 2. sup. hoc tit.* Multo minus qui vi non deiecit, sed tantum clam occupavit, tametsi pro prædone habeatur: de quo hæc lex lata est.

Erit † autem de his rebus actio, non domino, sed veteri possessori, quoniam veteribus legibus possessores restituuntur. *L. 1. D. eod.* Itaque si vetus possessor dominus fuit, bene est: si non fuit, satis est, si pro domino rem tenuit: quod est possessoris. Denique cum is, qui rem invasit, pro prædone habeatur, sequitur, ut eo iure, quod est de prædonibus, condemnetur. Quo iure fit, ut res veteri possessori sine alia exceptione restituatur. 7

Quæsitum † est, quid opus fuerit hac constitutione, cum tam multæ leges fuerint veteres adversus eos, quis res alienas invaserunt. Iustinianus initio constitutionis hoc diluit, dum si in hac specie pœnam constitutam volumus, negat res ad veteres leges pertinere. Et recte: nam qui rem sine vi occupavit, certum est eum neque interdicto *unde vi* teneri, neque *L. si quis in tantum sup. h. t.* Sed etsi clam occupaverit, non tenetur tamen interdicto *quod vi, aut clam*. Propositum est enim id interdictum non adversus eos, qui res alienas occupant, sed qui in re- 8

bus

bus alienis aliquid vi, aut clam fecerunt, *L. 1. D. quod vi, aut clam.* Proinde ad pœnam in hac specie constituendam nova constitutione fuit opus. Hic occurritur. At saltem iure vetere in hoc genere fuit rei vindicatio adversus omnem, qui quo quomodo rem alienam quamlibet occupasset. Cui bono igitur nova actio constituta? Hoc rursum diluit Iustinianus in extrema parte huius constitutionis, indicans ideo pœnam a se constitutam, quia vindicatio non sufficeret ad delictum coercendum. Delictum autem hic versari hoc ipso, quod quis rem alienam sciens invito domino, quamvis ignorante, contrectaret, prope non minus, quam si sciente eo aut vi contrectaret: argumento esse res mobiles, quibus invito domino contrectatis, non minus furtum facere intelligitur is, qui clam domino rem contrectat, quam qui invito domino rem eripuit. Idem igitur & in rebus immobilibus fuisse statuendum. Non potuit autem in his esse furti pœna: quoniam in res soli furtum non cadit, *§. quod autem, Inst. de usuc.* Ex quo vult intelligi hac constitutione opus fuisse. Ex his apparet vere scriptum esse in *L. invasor, sup.* de re, quam quis sine vi occupasset, pœnam nullam esse. Hoc enim verum fuit, cum lex illa scribebatur. Hic pœna constituta est, sed hoc secutum postea ad veteris illius iuris emendationem, ut hic liquet. Itaque quin sit lex contraria, dubitari non debet; ut appareat stulte facere eos, qui in his conciliandis laborant, quæ Iustinianus voluit esse contraria hac lege, ut priora emendarentur. Neque offendemur dicto Iustiniani, qui in hoc Codice, ut & in Digestis negat ullum contrarium esse, si quis rem subtiliter attendat. *L. 1. §. 1. L. 2. §. contrarium, sup de vet. iur. enucl.* Hoc enim ab eo dictum est de iis constitutionibus, quæ nondum in Codice exstabant, non de quinquaginta eius decisionibus, quæ postea emendato Codici sunt insertæ, quas ad veteris iuris emendationem consulto compositas esse constat. *L. unica, supr. de emend. Cod. Iustin.* Est autem hæc constitutio una ex illis decisionibus, ut ex præfatione apparet: item ex subscriptione illa, *Post consulatum Lampadii & Orestis.*



AD TITU-

Digitized by Google

AD TITULUM V.

COD. SI PER VIM, VEL ALIO MODO ABSENTIS PERTURBATA SIT POSSESSIO.

SUMMARIUM.

1. *Argumentum & sententia tituli.*

1 Occupata aliena possessione, † confulitur superiore titulo maxime præsentibus: hoc titulo absentibus, quorum possessio occupata sit, sive per vim, sive alio modo turbetur. Per vim turbatur absentis possessio tunc maxime, cum deiicitur: ad hanc speciem pertinet *L.* 1. Turbatur & tunc, cum possidenti vis fit, quo minus illi re sua libere uti liceat: quæ species ad hunc titulum non pertinet, sed ad interdictum *uti possidetis*, quo de ea re agitur. *L.* 3. §. *hoc interdictum*, *D. uti poss.* Alio modo, quam per vim possessio turbatur, cum clam absentis sine vi res occupantur, quod fieri prohibetur in *L. ult. hic*, ut appareat eam constitutionem ad hanc partem referri.

Ad L. Iudices 1.

Imp. Constantinus A. Severo.

Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personas, & auctoritatis suæ formidabile ministerium obiiciant: atque ita tueantur absentes, ut id solum diligenter inquirant, an eius qui quolibet modo, peregrinatur possessio ablata sit, quam propinquus vel parens vel proximus vel amicus vel colonus vel libertus seu servus quolibet titulo retinebat: nec eos qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis decisio caussæ mandata sit, ab experiunda re secludant: nec si servi sint, eorum reiiciant in iure personas, quia huiusmodi conditionis hominibus caussas perorare fas non sit. Sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus largiri convenit: ut eos momentariæ perinde possessioni sine ulla cunctatione restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen domino quolibet tempore reverso, actionem possessionis recuperandæ indulgemus: quia fieri potest, ut restitutio propter servos infideles, vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel amicos, vel colonos, vel libertos interea differatur. Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandæ possessioni legibus præstitutum est: sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quæ superenint ad disceptationem litigii, immutilata permaneant: iudicio servato iustis legitimisque absentibus personis: cum valde sufficiat possessionem tenentibus absentium nomine contra præsentium violentiam subveniri. Datum X. Kalend. Novembr. Constantinop. Constantio VII. A. & Constanse Cæsare III. Coss.

SUM-

SUMMARIA.

1. *Absentem deiici deiectis iis, qui ipsius nomine erant in possessione.*
2. *His, qui absentis nomine tenuerant, deiectis actionem absentis nomine dari hac constitutione, non aliis.*
3. *Prioribus absentis nomine actionem dari omnimodo, nulla habita ratione mandati, satisdationisve, status personae, aut temporis, intra quod agitur.*
4. *Et dominis reversis quandoque actionem dari.*
5. *Restituta absenti ex hac lege possessione, nihilominus victo superesse proprietatis quaestionem.*
6. *Deiectis absentis nomine actionem dari: sed de possessione, non de rei proprietate.*

HAc lege consulitur absentibus qui sua possessione privati sunt, idest, qui deiecti sunt.

1 Hic † statim subibit quaerere, quomodo absens possessione sua privari possit: neque enim potest, nisi deiiciatur. *L. naturaliter, D. de usurp. & usuc.* Quomodo autem absens deiici potest, qui in eo loco non est, unde eum deiectum dicimus? Et id fit hoc modo, si quis domi, aut in fundo reliquerit eos, qui absentis nomine rem tenerent, ut amicos, propinquos, servum, colonum, inquilinum, & similes, & hi deiiciantur. Nam uti dominus per istos possidet, *L. ult. sup. de acq. poss. § possidere, Inst. de interd.* sic his deiectis, non ipsi, sed dominus per eos deiici intelligitur. *L. ult. D. unde vi.* Ad absentes haec constitutio pertinet, ut declarant illa verba: *Possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens,* & quae sequuntur. Sunt autem huius constitutionis quatuor capita.

2 Primo capite † absenti deiecto, ut supra diximus, consulitur: ut non tantum ei reverso detur actio recuperandae possessionis caussa, sed etiam eo absente, & ignorante detur lis, qui eius nomine tenentes deiecti sunt, illis verbis, quae sunt ver. 2. *nec eos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes.* Quo loco quaesitum est: An aliis, qui absentis nomine rem non tenuerunt, agere liceat absentis nomine ad recuperandam possessionem. Et non puto aliis dari, quam qui absentis nomine tenuerunt. Primum illa verba, *nec eos, qui deiecti sunt,* ad hos tantum pertinent: quae ideo ad alias personas porrigi non debent. Est enim hic ius singulare constitutum contra rationem iuris. Proinde eiusmodi, quod ad consequentiam produci non debeat. *L. quod vero, & L. seq. D. de legib.* Deinde si aliis actionem dabimus, fiet contra sententiam huius constitutionis, quae absentibus consultum voluit, ut apparet ex illis verbis, quae sunt in principio, *atque ita tueantur absentes.* Pessime autem absenti consulitur, si possessio eius alii permittitur, quam ei, cui dominus eius curam absens demandavit. Non obstat, quod in principio constitutionis iubentur iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipere in iure personas indefinite. Nam quas personas intelligat constitutio, postea declarat.

Ut † autem intelligeremus novum hic 3 constitui, & antea inusitatum, sic iis, qui absentis nomine possidentes deiecti sunt, datur actio recuperandae detentionis caussa: ut detur sine ulla exceptione, omissa quaestione an illis mandatum sit a domino, nec ne; an legitimam personam standi in iudicio habeant; an non habeant; & an intra tempora interdicto *unde vi* constituta, agant, an secus. Primum non nocet eis, si forte a domino mandatum non habeatur. Hoc singulare, & praeter rationem iuris communis. Nemo enim alieno nomine sine mandato domini agere potest: exceptis quibusdam personis, de quibus in edicto de procuratoribus comprehensum est. *L. si pupilli, §. ult. L. si autem, in pr. D. de neg. gest. L. sed & hae. D. de procur.* Quo loco quaesitum est, an ii, qui sine mandato domini absentis agunt, saltem satisdare debeant, dominum, cum redierit, rem ratam habiturum. Vulgo placet satisdare debere, quia quae personae ex edicto sine mandato experiri possunt; ab his saltem hoc exigitur, ut caveant dominum rem ratam habiturum. *L. Pomponius, in fi. D. de procur.* Ego puto satisdare non debere, idque satis effici his verbis constitutionis: *Iudices ita tueantur absentes, ut id solum inquirant, an possessio absentis ablata sit.* Si solum hoc inquirendum est: uti non exigitur mandatum, sic nec satisdatio. Est etiam huius rei hoc argumentum; quod si satisdationem exigemus, faciemus manifeste contra voluntatem constitutionis, cui propositum fuit, ut statim possessio in suum statum restitueretur, & ut esset, qui absentis nomine id posset omnimodo consequi. At si ab agentibus satisdationem exigimus, aut nolent iudicium suscipere, quia se alieno nomine obligare nolent; aut non poterunt agere, quia non facile fideiussorem reperire poterunt,

terunt, qui idem spondeat, quod ipsi. Sed & omnes ad hanc actionem admittuntur, puta etiam servi. Hoc quoque singulare. Nam iure communi servi in iudicio consistere non possunt. *L. servus, sup. de iud.* Postremo quanvis qui absentis nomine possidentes deiecti sunt, intra annum non egerint ad possessionem recuperandam, & eas res, quæ ibi fuerunt, cum deiiciebantur: nihilominus iubentur admitti. Hoc quoque singulare, & præter naturam interdicti unde vi. *L. 2. sup. tit. prox.* Sed cur illis post annum agentibus negligentia sua non nocet, cum omnibus iuris error noceat, & multo magis contemptus *L. regula, & toto tit. D. de iu. & fact. ig.* Hoc eo fit, quod de re deiectorum non agitur, sed de re absentium, quibus alienam negligentiam fraudi esse non oportet. Sed huic parti obiicitur *L. ult. item. L. 1. §. deiicitur, D. unde vi,* quibus in locis declaratur, cum hi, qui alieno nomine rem tenent, ut coloni, deiiciuntur, ipsos deiici non videri, sed dominos, ac proinde dominis solis interdictum competere. Cur igitur hac constitutione his actio recuperandæ possessionis caussa datur, cum ipsi deiecti non sint? Nempe quia non suo nomine agunt, sed absentium, qui vere sunt deiecti. Unde in constitutione iubentur iudices tueri absentes. Et de iis, qui deiecti sunt, sic loquitur constitutio: *Nec eos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes:* ut intelligamus, hic absentium caussam agi, non eorum, qui deiecti sunt corpore.

4 Secundum † caput huius constitutionis est in versic. *Cui tamen domino.* Hoc capite etiam domino reverso actio datur, quanvis post tempus interdicti constitutum redierit, quod & in iure vetere fuit. Nam annus, intra quem hoc interdictum competit, utilis est. *L. 1. §. annus, D. unde vi.* Est autem utilis, in quo non computantur ii dies, quibus absens agere non potuit. Sed ideo de eo in hac parte cautum est, ne putaremus eorum, qui possidentes deiecti sunt, negligentiam dominis absentibus nocere: si forte ipsi de recuperanda possessione agere cœpissent, & destitissent.

Tertium † caput est in illis verbis, *sed reformato statu,* huc pertinens, ut sive dominus reversus, sive ii, qui absentis nomine possidebant, in possessionem restituti sint, omnia immutilata maneant, quæ supersunt ad litigii disceptationem. Quibus verbis significatur, sic superiores personas recuperare possessionem, ut tamen caussa proprietatis integra maneat adversario: quæ sententia expressa est in *L. unica, sup. si de mom. poss. fu app.* Appellat Constantinus id, quod superest ad disceptationem litis, caussam proprietatis, idcirco: quia caussa possessionis & proprietatis una lis est, nempe sola proprietatis lis, cuius appendix & accessio tantum est caussa possessionis. Non enim agitur de possessione, nisi propter proprietatis controversiam, ut sciatur in caussa proprietatis, uter sit petitor, uter possessor. *L. exitus, D. de acq. poss. §. retinendæ Inst. de interd.* Unde utriusque causæ dicitur esse una continentia in *L. nulli, sup. de iud.* Et iubetur utriusque caussæ unus iudex esse, quasi unius litis iudex, *ibidem*. Postremum caput est in his verbis: *Iudicio servato iustis legitimisque absentibus personis.* 5

6 Quod † & ipsum habet temperamentum superioris sententiæ initio positæ, quo cavet Constantinus, sic se iis, qui absentium nomine possidentes deiecti sunt, permittere actionem: ut tamen tantum agere possint de possessione, quam tenebant; iudicium autem ipsum servetur iustis & legitimis personis. Iudicium appellat κατ' ἐξοχὴν, iudicium proprietatis, quia hoc iudicium præcipuum & principale iudicium est, ut nominatur in *d. L. nulli, sup. de iud.* Legitimas personas vocat eas, ad quas ea res iure & legibus pertinet, de qua re agitur.

Ad L. ult. Nec imperiale.

Impp. Arcad. & Honor. AA. Petronio *Vicario Hispaniarum.*

Nec imperiale responsum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris ex quacunque parte innovare possessionis statum, eo qui rem tenet absente, permitti, quia negotiorum merita partium adsertione panduntur. Dat. XV. Kal. Ianua. Mediolani, Cæsario & Attico Coss.

S U M M A R I A.

1. *Nullius non convicti & damnati possessionem occupare licere prætextu cuiusvis rescripti, aut sententiæ iudicis: & hoc quid sit.*
2. Negotiorum merita partium adsertione pandi, *quam sententiam habeat.*
3. *Rescriptum, aut sententia iudicis, cur nihil prosit ad possessionem absentis occupandam.*

1 VEtat hoc † rescriptum absentis non convicti & damnati possessionem occupare prætextu cuiusvis rescripti, aut cuiusvis interlocutionis iudicis, quibus quis ad occupandam possessionem utatur. Finge hoc modo: aliquem consuluisse Principem, narrasse se vi deiectum ab eo, qui nunc peregrinetur; petere, ut in possessionem restituatur; Imperatorem rescripsisse, cum consultor deiectus sit, eum possessionem fundi recepturum: vel, cum quis idem exposuisset iudici, & petiisset, ut restitueretur, iudicem pronuntiasse, & quod hic dicitur, interlocutum esse, ut petitor rediret in possessionem fundi sui, ut est species in *L. iudex, supp. comm. epistol.* Dicemus neutrum ex his prodesse debere ad invadendam & turbandam absentis possessionem.

2 Ratio † redditur in hoc rescripto, quia negotiorum merita partium assertione panduntur. Cuius hic est sensus: ideo superiora nihil prodesse adversus absentem, quoniam illa ipsa hanc vim non habeant, ut adversus absentem sine iudicio indicta caussa quidquam novi statuatur, quod ius fieri vetat. *L. negantes, sup. de obl. & act.* Ita semper caussæ cognitione opus esse, ut cognoscatur meritum negotii, id est, an is qui petit, mereatur obtinere id quod petit, & quia iustum sit, & quia verum. Utrum autem iusta caussa sit, & meritum id obtinendi, partium, idest, litigatorum assertione & disceptatione intelligitur. Præsentem igitur oportet esse eum, adversus quem quid statuere volumus.

Ideo † autem placet, rescriptum Principis nihil prodesse ad occupandam possessionem absentis indicta caussa: quia quidquid Princeps rescribit fieri debere, id ita rescribit, si verum sit, quod exponitur, qua de caussa & iudici adhuc cognoscendum relinquitur. Et quamvis Princeps sine caussæ cognitione aliquem absentem condemnaret: tamen rescripto stari non oporteret, quia est contra ius. *L. pen. de prec. Imp. off. L. ult. & prope tot. tit. sup. si cont. ius vel util. publ.* Et quod ad interlocutionem iudicis attinet, certi iuris est, nullam interlocutionem iudicis caussa non cognita interpositam rei iudicatæ vim habere. *L. ex stipulatione, sup. de sent. & interl. d. L. iudex, supr. comminat. epistol.* Sententia non est absimilis ei quam exposuimus in *L. meminerint, sup. hoc tit.* 3

AD TITU-

AD TITULUM VI.

COD. UTI POSSIDETIS.

SUMMARIUM.

1. *Interdicta retinendæ possessionis duo*, Uti possidetis, *de rebus soli*, Utrubi, *de rebus mobilibus*. *Appellatio unde*; *Vim utriusque olim diversam, nunc eandem: ut ex priore utrumque intelligatur.*

1 UT sunt interdicta † ad possessionem obtinendam quam non habemus, sive eam nunc primum adipisci volumus, sive recuperare quam amisimus, quæ hactenus proposita sunt: Ita sunt interdicta ad retinendam, quam habemus, ex quibus ordine id subiicitur, quod appellatur, Uti possidetis. *L.* 1. §. *est igitur*, *D. eod.* Fuerunt autem retinendæ possessionis interdicta duo; *Uti possidetis*, & *Utrubi*; prius de rebus soli; posterius de rebus mobilibus. §. *retinendæ*, *Inst. de interdict.* Nomina ex initiis interdictorum data similiter, ut & in superioribus interdictis fieri diximus, quod ex interdictis patebit, quæ exstant in *L.* 1. *D. uti poss.* & *L. unica*, *D. utrubi*. Ratio ista interdicta distinguendi hæc fuit. Alia enim conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia interdictum *utrubi* ei, qui possideret res mobiles. Postea obtinuit, ut eadem vis esset utriusque interdicti; atque ita in utrasque res tam mobiles, quam immobiles unum interdictum sufficeret, ut declaratur in §. *sed interdicto*, *Inst. de interd.* Hinc factum est, ut hoc loco unum tantum proponatur, *Uti possidetis*: scilicet quia quod de hoc dixerimus, idem etiam de interdicto rerum mobilium iuris esse, intelligere debeamus.

L. unica.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Cyrillo.

Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provinciæ vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet. Subscripta III. Id. Octob. Nicomediæ. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Interdicti* uti possidetis *vis & sententia*; *eadem & huius L.* 1.
2. *Hoc interdictum possessori dari, & qui possessores habendi.*
3. *Etiam inter fructuarios, itemque inter fructuarium & eum, qui sibi usum defendit, hoc interdictum locum habere, quamvis possessores non sint, & cur.*
4. *Competere hoc interdictum etiam ei, qui vi, aut clam, aut precario possidet, dum non ab adversario: & hoc quid sit.*
5. *Interdictum* uti possidetis *duplex esse, quia in eo uterque actor sit & reus; & cur ita uterque.*
6. *Inter duos tantum detentores eiusdem fundi nunquam huic interdicto locum esse posse ita, ut ambo tanquam eius fundi possessores haberi & defendi possint.*
7. *Tribus solum detentoribus eiusdem fundi propositis reperiri posse duos, quorum ambo pro possessoribus habeantur ex hoc interdicto: & quomodo id contingat.*
8. *Duos in solidum revera possidere non posse: non repugnare interdictum* uti possidetis, *quo non duo possessores fiunt, sed in re incerta pro talibus defenduntur.*
9. *Competere hoc interdictum ei, qui possidet tempore litis contestatæ.*
10. *Interdictum adversus eum, qui facit possessionis controversiam: & quibus rebus possessionis controversia fieri intelligatur.*
11. *Teneri hoc interdicto, qui possessionis controversiam facit, etiam si non dicat contra se possidere.*
12. *Eum, qui deiectus est, eo qui deiecit, in hoc interdicto superiorem esse, quid sit in* L. 3. in pr. D. uti poss.

13. *Interdictum* uti possidetis *cur conceptum de aedibus in* L. 1. D. eod. *de fundo in* L. 1. C. eod. *cum competat de omnibus rebus soli*.
14. *Neque de rebus mobilibus, neque de servitutibus rusticis, aut urbanis interdictum* uti possidetis *etiam utile competere*.
15. *De iurisdictionis, deque iuris vectigal aut alios reditus percipiendi quasi possessione non competere interdictum* uti possidetis, *quamvis utile, sed agi ad exemplum interdicti de itinere actuque privato*.
16. *Quarum rerum gratia detur hoc interdictum*.
17. *Interdictum* uti possidetis *de eo quanti ea res est, intra annum, eoque & pœnale: & cur*.
18. *Valde errare illos, qui putant illa verba*, uti possidetis, ita possideatis, *esse debere sententiam iudicis in interdicto* Uti possidetis.
19. *Qualem sententiam iudicis esse oporteat in hoc interdicto ad possessionem uni possessori tuendam*.
20. *Possessori adversarium cavere non debere se eum in posterum impediturum non esse, quo minus possideat*.
21. *In præteritum ob vim possessori factam condemnationem iudicis esse debere, quanti interest actoris vim ei factam non esse: & quid ea re contineatur*.
22. *Duobus possidentibus non alium iudicis sententiam esse debere in controversia possessionis, quam ut ambos in possessione tueatur, id est, declaret utrumque possidere; deinde iubeat utrumque possidere altero consentiente: invito altero vetet*.
23. *Refutata, quæ hic a Bartolo proponuntur in hanc sententiam: quasi videlicet inter duos qui possident, tamen unus possessor fieri debeat sententia iudicis*.
24. *Incommoda diluuntur, quæ nasci videntur ex ea sententia, qua ambo litigatores iubentur ita possidere, uti possident*.
25. *Remedium hac lege nostra proditum, quo inter duos possessores consequi possit iudex, ut unus pro possessore habeatur, quo perveniatur ad petitoriam actionem, & id quale: & de sententia illorum verborum:* Ac satisdationis, vel transferendæ possessionis, *&c.*
26. *Satisdationem iudicatum solvi recte non exigi ab eo possessore, quem solum talem esse constat: ubi autem duo pro possessoribus habentur, recte exigi: si unus postulet ab adversario, aut ipse offerat, at in interdicto* Uti possidetis.
27. *Uno ex litigatoribus satisdante, & possessore constituto, non ideo adimi alteri commodum possessionis*.
28. *Solam satisdationem iudicatum solvi hic esse intelligendam, quæ ab eo exigatur, quem ex duobus possessoribus solum pro possessore haberi volumus; & in eam rem argumenta*.

1 VErba initio observanda, † quæ ita explicanda sunt: *Rector provinciæ vobis de possessione retinenda contendentibus vim fieri prohibebit* (supple, *quo minus ita possideatis*) *uti possidetis eum fundum, de quo agitur, cum alter ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis*. Idem & in interdicto aliis verbis expressum est *L. 1. D. eod.* Summa ea, quam posuit Ulpianus in *d. L. 1. §. est igitur*, hoc interdicto nimirum prætorem possidenti vetare vim fieri, quo minus possideat, uti possidet. Quæ verba eo spectant, ut prætor vetet vim fieri non uni tantum ex litigatoribus, aut ambobus simul; sed modo uni, modo ambobus, prout scilicet hi possidebunt; uni quidem, si solus possidebit: ambobus autem, si ambo possidebunt, ut sit sententia: unum defendi, si possideat: defendi ambos, si itidem ambo possideant. Ex quo intelligimus, his hoc modo suam possessionem defendi, ac retineri. Id autem ita fieri, prohibente iudice, ne possidenti vis fiat ab altero. Unde merito hoc interdictum dicitur prohibitorium, & ad retinendam possessionem, seu retinendæ possessionis, *L. 1. in pr. & §. est igitur. D. eo.* Id quomodo obtineamus ex hoc interdicto, ita facile assequemur, si dixerimus distincte: Quibus hoc interdictum competat, Adversus quos: Quibus de rebus: Cuius rei gratia: tum quod sit in hoc interdicto officium iudicis de hac petitione. Quæ edicto breviter comprehensa sunt illa quidem, ut & hoc loco: sed brevius, & obscurius, quam ut inde facile intelligi possint, nisi explicentur: pleraque etiam in his obscura & difficilia explicatu: de quibus ideo sigillatim & attentius considerandum est.

2 Datur † hoc interdictum ei, qui possidet, his verbis, *Uti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto*. Possidere est animo, seu affectu domini tenere, ut Theophilus bene definivit in *§. idem placet, Inst. per quas pers. nob. acq.* quod & exemplis eius loci liquido declaratur. Tenere rem hoc modo intelligitur, qui possessionem rei semel ingressus hoc animo, ut possideret, vel corpore est adhuc in possessione, vel egressus reliquit domi, aut in fundo eos, per quos possideret, puta colonum, aut inquilinum. *§. possidere, Inst. de interd.* vel etiam qui peregre profectus est nemine domi relicto: hoc animo tamen, ut retineret possessionem. Nam etiam animo solo possessio retinetur *d. §. possidere. L. 3. §. saltus, D. de acq. pos.* Animo domini is tenet, qui se pro domino esse vult, & pro domino se gerit. Soli autem possident, qui hoc animo rem tenent: qui alium dominum agnoscunt, & tanquam ab eo rem habent, ut sunt coloni, amici, servi, qui no-

nomine domini sunt in possessione, hi tenent duntaxat, non possident. *d. §. possidere, L. certe §. is qui rogavit, D. de prec.* Ex quo intelligitur, si colonus, aut inquilinus controversiam possessionis patiatur: eum hoc interdicto experiri non posse ad retinendam possessionem: idemque de similibus dicendum est. *L. 3. §. creditores. D. uti poss.*

3 Quibus † consequens erat, ut nec fructuario vim patienti hoc interdictum competeret. Non enim magis possidet fructuarius, quam superiores. *d. §. idem placet, Inst. per quas pers. nob. acq. d. L. certe, §. is, qui rogavit, D. de prec.* Placuit tamen & inter fructuarios hoc interdictum reddendum: itemque inter fructuarium, & eum, qui sibi usum defendat. *L. ult. D. eod.* Excepti videlicet ex superioribus ideo, ut videtur, quod si inter se committantur, ambo pro dominis & possessoribus se gerant, idque pari iure: ut dum uni defendetur possessio fundi, aut ædium, nulla fiat iniuria adversario, qui eandem possessionem, & ex eadem caussa sibi defendebat. Aliter atque si his lis sit cum iis qui se vere possidere contendant. Neque novum est in hoc interdicto plus tribui fructuario, aut usuario, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter tenent. Nam & fructuario vi deiecto propositum est interdictum Unde vi *L. 3. §. unde vi. D. unde vi.* quod argumentum est, eum pro possessore haberi, quamdiu perseverat ususfructus: quoniam nec interdictum *Unde vi* datur, nisi deiecto: nec putatur deiici, nisi qui possidet. *L. 1. §. deiicitur, D. unde vi.* Quo etiam argumento dici potest usufructuario adhuc retinenti hoc interdictum dari ad possessionem retinendam. Et vero id ratione collectum esse a veteribus, non autem ideo esse constitutum, quia fructuarius vere possideret, indicio erit, quod Paulus in *d. L. ult. D. uti poss.* non dicit, pro explorato hoc interdictum fructuario reddendum, quod tamen dicendum esset, si vere fructuarius possideret: sed dicit se putare dicendum, quasi in re controversa, certe non explorata.

4 Ergo possidenti † solum hoc interdictum datur, in quo nihil interest, utrum quis iuste possideat, an iniuste. De eo, qui iuste possideat, idest, bona fide, dum possessionem nanciscitur ab eo, quem dominum putat, nulla dubitatio est. *L. 3. in pr. D. eo.* Sed hoc amplius dicimus, quod edicto expressum est: etiam ei hoc interdictum competere, qui vi aut clam aut precario possidet, idest, qui iniuste possidet: dummodo ab adversario non ita possideat: quod si possidebit, contra esse *L. 1. in pr. §. ult. D. eo.* Vi ab aliquo possidet, qui eum vi deiecit, & ita possessionem tenet. *L. 1. §. vi possidere, D. unde vi.* Clam possidet, qui possessionem furtive ingressus est, ignorante possessore, cuius controversiam metuit. *L. clam, D. de acq. poss.* Possidet precario is, qui ab alio precibus impetravit, ut sibi rem eius possidere liceret *L. 1. D. de prec.* quæ singula indicantur obiter in *§. sed interdicto, Inst. de interd.* Hoc igitur dicimus, si quis patiatur controversiam possessionis ab eo, a quo possessionem habet aut vi aut clam aut precario, ut supra, eum impune vim pati, quia sit ei hoc interdictum inutile. Quod si ab alio, quamvis ita possidebit, eum recte hoc interdicto usurum. *d. L. 1. §. ult. & L. 2. D. eod.*

5 Quemadmodum † autem uni, qui possidet, hoc interdictum datur: ita si ambo litigatores possidebunt, ambobus dabitur. Et quoniam fere semper ambo se possidere dicunt, ut declaratur in *§. retinendæ, Inst. de interd.* eo fit, ut interdictum ita sit conceptum, ut ad ambos litigatores referatur, his verbis: *Uti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* Inde dictum hoc interdictum duplex esse, quia uterque & actor sit, & reus in hoc interdicto, *L. 3. §. hoc interdictum, D. eod. §. pen. Inst. de interd.* Uterque actor, quia uterque possessorem se esse intendit. Uterque reus, quia dum se possessorem dicit, simul adversarium negat possessorem, quod reorum proprium est. Et ut de uno possessore diximus, hoc interdictum ei competere, sive iure sive iniuste possidebit: ita in duobus possessoribus receptum est, ut inter eos hoc interdictum reddatur tuendæ illorum possessionis caussa, sive ambo iuste possidebunt; sive unus iuste, alter iniuste, id est, vi aut clam aut precario: dummodo nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat, ut verba edicti dilucide significant: sed apertius declaratur in *L. 3. in prin. D. eo.*

6 Quo † loco exsistit interpretibus magna & vetus dubitatio. Quæritur enim, quomodo fieri possit, ut duo in solidum ita possideant, ut prætori necesse fuerit ita dicere: *Uti possidetis, ita possideatis.* Movet dubitationem, quod non videtur fieri posse, si unus nunc possidet, & alter postea cœpit rem possidere, ut ambo possideant. Nam si is, qui postea possessionem nactus est, eam nactus est iuste & bona

bona fide, non potuit nancisci, nisi a priore possessore ei rem tradente, quo casu prior possessor citra controversiam possidere desiit. *L.* 1. *§. si vir L. quod meo*, *§. si furioso*, *D. de acquirend. possession.* Si posterior iniuste cœpit possidere, non alia de caussa id fit, quam quia aut priorem possessorem vi deiecit: quod cum fit, etiam tum prior possessor amittit possessionem. *L. naturaliter*, *D. de acquiren. possess.* aut quia clam eo ingressus est possessionem, ac tum solus prior possider. *L. clam possidere*, *§. ult. D. de acq. poss.* aut quia precario accepit a priore possessore; quo casu interdictum de precario redditur, non interdictum *uti possidetis*. Quid verbis opus est? loci in medio sunt, quibus diserte traditur, duos in solidum eandem rem possidere non posse, & in summa possessionis nihil interesse, iuste quis, an iniuste possideat. *L.* 3. *§. ex contrario*, *D. de acq. poss. L. si ut certo*, *§. ult. D. com.* Hæc illa est difficultas, quæ hanc partem interdicti dubiam reddidit, quæque in interpretatione *L.* 3. quæ est de hac parte *D. eod.* peperit apud Accursium tot sententias. Nam dum hanc difficultatem expedire conantur: alii interdictum de uno possessore interpretati sunt, quem verbo plurali prætor alloqueretur, contra significationem verborum, & usum latine loquentium. Alii duos possessores sunt interpretati, quorum singuli pro parte possiderent, contra *L.* 3. *in pr. D eod.* ubi Ulpianus duos proponit in solidum possidere. Alii duos quærentes, qui in solidum possideant, exemplum attulerunt eius controversiæ, quæ esset inter proprietarium & fructuarium, quorum unus civiliter possidet, proprietarius; alter naturaliter, fructuarius: ambos autem prætor in sua possessione tuetur. Hoc rursum contra *d. L.* 3. *in princ. D. eod.* ubi Ulpianus proponit duos, quorum unus iuste, alter iniuste possidet. Constat autem fructuarium non possidere, ut supra ostendimus, aut si possidet, iuste possidere, utpote ex iusta caussa, non iniuste. Sed laborandum non est. Fefellit eos, quod exemplum duorum in solidum possidentium, & ad hoc interdictum pertinentium quæsiverunt in duobus detentoribus. At in his fieri non potest, ut, si posterior sive iuste, sive iniuste possideat, duo possideant simul; unus ex his tantum possidebit, ut ante ostendi.

7 Sed † res procedet hoc modo; si proponamus nobis tres detentores, Primum Secundum, Tertium: & Tertium possidere a Secundo, vel bona fide, vel vi aut clam aut precario, hoc modo: Primus, qui iuste possidebat, peregre profectus est, nemine domi relicto. Eo absente Secundus clam occupavit possessionem. Extitit deinde Tertius, qui a Secundo, quem dominum putabat, possessionem acciperet bona fide: aut qui Secundum vi deiiceret; aut qui eius controversiam metuens, possessionem eo ignorante occuparet: aut qui precibus ab eo possessionem impetraret. In hac specie si proponas, Primum redire, & controversiam facere Tertio, aut a Tertio controversiam pati, ambo interdicto *Uti possidetis* recte agent, & ambos prætor tuebitur tanquam possessores. Primum, quia animo retinuit possessionem, quam ipse postea non amisit. Tertium vero, quia & is animo dominantis tenet. Nec ad rem pertinet, quod possidet iniuste, nempe vi, aut clam, aut precario. Nam ab adversario Primo ita non possidet.

Sed obiicitur † hic superior illa sententia certi iuris: duos in solidum possidere non posse. *L.* 3. *§. ex contrario*, *D. de acq. poss.* Nos de ea hoc recte respondebimus, revera & ad effectum iuris, duos in solidum possidere non posse. Exempli caussa: in specie proposita, quia Primus possidet, idcirco nec Secundus, nec Tertius revera possident, quia vacuam possessionem non tenent. Et ideo quamvis Tertius possederit decem, aut viginti annos, idque bona fide, tamen non usucapiet, quia sine possessione usucapio non contingit. *L. sine*, *D. de usurp. & usuc.* Nunc autem hic non possidet, tantum ideo, quia Primus possidet, & duo in solidum possidere non possunt. At in interdicto *uti possidetis* veram possessionem non quærimus, quæ talis sit natura, aut iure; sed quæ pro tali habeatur, dum quis se vere possidere contendit, nec quidquam in præsentia proponitur, cur non ita esse convincatur. Intelligitur hoc satis ex eo, quod interdictum hoc solum vult spectari, an unus ab altero nec vi nec clam nec precario possideat. Et ideo in *L.* 2. *D. eod.* cum dixisset Paulus, iusta an iniusta sit possessio adversus alios, nihil referre, adiecit in *hoc interdicto*. Hoc idem Eguinario Baroni visum est *ad L.* 3. *D. eodem.* 8

9 Est autem † animadvertendum, quod dicimus, hoc interdictum competere ei, qui possidet. Id enim valet, competere ei, qui possidet, cum hoc interdicto agitur. Et hoc est, quod scriptum est in *§. sed interdicto*, *Instit. de interdict.* hoc interdicto eum vincere, qui possidet tempore

pore

pore litis contestatæ, quod ex verbis interdicti sumptum est. Nam prætor in interdicto reddendo non dicit, *uti possedistis*, vel *uti possidebitis*, *ita possideatis*, sed *uti possidetis*: nempe nunc, cum interdictum redditur inter vos litigatores. Cum autem reddebatur interdictum, aut actio a prætore, tum apud eum lis contestabatur. Unde in usu iuris hæc duo idem significant: tempus iudicii accepti, & tempus litis contestatæ. *L. illud*, *D. de her. pet. L. cum fundus*, *D. si cert. pet.*

10 Datur † hoc Interdictum adversus eum, qui possessionis facit controversiam. *L.* 3. *§. hoc interdictum*, *& seq. D. eod.* quod & ipsum sumptum est ex interdicto. Nam cum prætor vetat vim fieri, nimirum vetat fieri ab eo litigatore, cum quo agitur. Agitur igitur adversus eum, qui vim facit, ut desinat vim facere. Porro vim facere possidenti, nihil aliud est, quam controversiam possessionis facere: quod posterius tanquam planius iuris auctores retinuerunt. Vis possidenti fit dupliciter: aut verbis, aut re. Verbis, cum in controversia proprietatis aliquis se possessorem dicit, & ita non patitur adversarium frui commodo possessionis in ea caussa: propter quam controversiam proprie interdictum est comparatum. Huc enim spectat interdictum *uti possidetis*, ut prius constituatur, uter nostrum sit possessor; sic deinde petitoria actio instituatur, ut declaratur in *§. retinendæ*, *Inst. de interd. & L.* 1. *§.* 1. *D. eod.* Re fit controversia possessionis, cum quis nos possessione uti prohibet, quomodo uti velimus: vel impediendo, ne quid in nostro faciamus: puta, ædificemus, agrum colamus, & quæ sunt generis eiusdem: vel in nostro aliquid faciendo, veluti, per fundum nostrum eundo, vel aquam ducendo, vel in nostrum aquam immittendo. *L. sicut*, *§. Aristo*, illic, *sed & interdictum*, *D. si ser. vend. L. vim facit*, *D. unde vi.* Huius definitionis exempla sunt, quæ proponuntur in *L.* 3. *§.* 1. *& seqq. D. eo.*

11 Quo † loco notandum est, competere hoc interdictum adversus eum, qui re controversiam possessionis facit, quanvis se contra possidere non dicat. Argumento est, quod adversus eum, qui iure servitutis sibi aliquid sumat in nostro, hoc interdictum competit, *d. L.* 3. *§. si vicinus*, *D. eod. d. L. sicut*, *§. Aristo*. Certum est autem, eum, qui sibi servitutem a nobis deberi dicat, hoc fateri se rem nostram non possidere. Non tamen adversus omnem, qui possessionis controversiam facit, hoc interdictum competit. Non datur adversus eum, a quo actor vi aut clam aut precario possidet; idque verba ipsa interdicti efficiunt. Itaque si qui alium vi deiecit, patiatur controversiam possessionis ab eo, quem deiecerit: ipse quidem possidet, & adversus alios hoc interdicto experiri potest sed adversus eum, quem deiecit, a quo vi possidet, interdictum hoc illi inutile est. Et † hoc est, quod dicitur in *L.* 3. *D. eod.* 12 eum, qui deiectus est, eo qui deiecit, hoc interdicto superiorem esse. Hoc enim sic interpretandum est: ideo esse superiorem, quia absolvitur, si cum eo agatur hoc interdicto. Non enim prohibebitur hoc interdicto vim facere, & ita absolvetur. Cæterum non ita superior est interdicto, ut pronuntietur possidere, atque ita possessio ab adversario ei restituatur. Nam hic, qui deiectus est, non possidet, quia possessionem amisit. *L. naturaliter*, *D. de usurp. & usuc.* Porro hoc interdictum possessorem tantum tuetur. *L.* 1. *§. pen. D. eod.* Sic fit, cum unus alterum deiecit, ut utrique agenti adversus alterum hoc interdictum sit inutile. Deiectori quidem, quia is vi ab adversario possidet. Deiecto autem, quia omnino non possidet. Neque obstat quod in *L.* 3. dicitur simpliciter, *deiectum hoc interdicto superiorem esse*. Hoc enim dicitur, cum is, qui deiecit, agit hoc interdicto: non autem cum egit hoc interdicto is, qui deiectus est. Nam isto agente nullum interdictum *uti possidetis* esse potest, quia non possidet.

Datur hoc interdictum de possessione rerum soli, idest, de fundo & ædibus. *L.* 1. *§.* 1. *& §. pen. D. eod. §. sed interdicto*, *Instit. de interd.* Unde intelligimus, prætorem in edicto pollicitum esse generaliter, se hoc interdictum daturum, si de possessione rerum soli controversia esset. Cur † igitur in interdicto appellantur ædes tantum in *L.* 1. *D. eod.* alias tantum fundus, ut in hac lege? Quia in interdicto concipiendo hoc necesse fuit facere prætori. Interdictum enim omne ad præsentem controversiam refertur. Controversia autem præsens omnis in rebus soli aut est tantum de ædibus, aut tantum de fundo. 13

Quæsitum est, † an hoc interdictum saltem utile competat de rebus mobilibus, aut incorporalibus. Dicendum est, nullo modo competere, ne utile quidem. De rusticis servitutibus sunt interdicta nominatim constituta, de itinere actuque privato, de aquæductu, de fonte, de rivis, de cloacis Tit. *de itinere actuque privato*, 14

Digitized by Google

vato, *& seqq.* Eaque interdicta proposita sunt non possidenti, ut hoc interdictum, sed ei, qui hoc anno usus est, vel superiore æstate, & si quæ sunt, similia. De servitutibus urbanis nulla sunt interdicta nominatim proposita; sed non ideo de earum possessione hoc interdicto utimur: quia est supervacuum, quod ita facile probabitur. Nam interdictum *uti possidetis* ideo comparatum est, quia in rebus soli controversia de possessione moratur petitoriam actionem, neque potest ea controversia dirimi, nisi iudicio. Dirimitur autem hoc interdicto. Cessat utrumque in controversia de servitute. Nam etiam si non constet, utrum is, qui sibi servitutem deberi dicit, sit in servitutis possessione, nec ne: tamen nulla affertur petitioni servitutis mora, quoniam servitutem petere potest, tam qui possidet, quam qui non possidet. *L. & si forte*, *§. 1. D. si servit. vend.* Deinde si quæratur, uter sit possessor: nihil iudicio opus est ad hanc quæstionem dirimendam, quia natura ostendit, uter sit possessor servitutis urbanæ. Exempli gratia: Si quis dicat sibi deberi servitutem tigni immittendi: is possessor servitutis habetur, si tignum sit immissum. Idemque de cæteris dicendum est, si quis factum id habeat, quod proprium est servitutis. *d. L. & si forte*, *§. 1. L. sicut*, *§. sed si quæritur*, *D. si ser. vind.* Hoc autem si tignum immissum sit, testibus non probatur; sed oculis, modo in rem præsentem veniatur. Nihil ad rem facit in contrariam sententiam, quod scriptum est in *L. quoties*, *§. ult. D. de servit.* possessoria interdicta esse constituta de via & alio iure fundi. Hoc enim dictum est de interdictis, quæ a prætore constituta sunt nominatim de servitutibus rusticis, de quibus supra diximus: in quo genere non est interdictum *Uti possidetis*, quod constat de rebus soli esse propositum, idest, de fundo & ædibus. Multo minus ad rem pertinet, quod in *L. sicut*, *§. Aristo*, *D. si serv. vind.* dicitur, si quis in alieno faciat aliquid iure servitutis, competere domino in eam rem interdictum *uti possidetis*. Nam hic interdictum non datur pro servitute; sed contra servitutem ad retinendum fundi nostri, aut ædium possessionem adversus eum, qui facto suo eius possessionis nobis faciat controversiam.

15 De † iurisdictionis possessione, item de possessione iuris vectigal, vel alios reditus percipiendi quæsitum est? Sed ne de his quidem hoc interdictum quanvis utile dabitur. Potius de istarum rerum quasi possessione agetur ad exemplum interdicti de itinere actuque privato, ut is scilicet in huius iuris possessione vincat, qui eo iure hoc anno usus erit nec vi nec clam nec precario ab adversario. Et certe de itinere actuque privato hoc ius constitutum esse Ulpianus scribit, quia plerumque itineribus, vel via non semper utimur. *L. 1. §. 1. D. de iti. act. pri.* Sit ergo idem ius in iurisdictione, quia & ipsa perpetuo uti non possumus.

Competit † hoc interdictum duarum rerum gratia. Una & præcipua hæc est, ut qui possidet ita possideat, ut sunt interdicti verba. Id est in summa, datur interdictum; ad retinendam possessionem. Unde dictum, retinendæ possessionis. *L. 1. §. 1. & §. est igitur*, *D. eod. §. retinendæ*, *Inst. de interd.* Altera res est in præteritum tempus ut is qui vim facit, quo minus possideamus, damnetur in id quod nostra interest, nobis vim factam non esse. *L. 1.* in interdicto his verbis, *neque pluris*, *D. eod.* 16

In † quo illud animadversione dignum est, quod de hac parte intentionis constituta est actio a prætore duntaxat intra annum utilem, ex quo vis fieri possidenti cœpit. Unde intelligimus, hactenus pœnale interdictum esse: alioqui perpetuum esset, non intra annum. *L. in honorariis*, *D. de obl. & act.* Pœnam autem hæc pars eo videtur continere, quod datur eius quod interest nomine de eo, quod ad adversarium non pervenit: & præterea datur ei etiam qui iniustus interdum possessor est, nempe qui vi aut clam aut precario possidet, non ab adversario: ut sic actor persequatur id, quod sibi ex patrimonio non abest: in quo pœnæ persecutionem ponimus. *d. L. in honorariis.* 17

Deinceps videamus, quam sententiam iudicis de his rebus esse oporteat. In † quo prius de verbis sententiæ monendi sumus, iudicem non debere ita sententiam ferre, ut verba interdicti concepta sunt, puta, *uti possidetis vos litigatores*, *ita possideatis*, *adversus id vim fieri veto.* Nam valde errat, si quis illis verbis sententiam prætoris de possessionis controversia contineri existimat. Illis verbis exprimitur interdictum prætoris, idest, formula iudicii de possessione, quam solebant prætores olim reddere litigatoribus, quo tempore formulæ iudiciorum in usu erant, quæ postea sunt sublatæ. *Tit. de formul. & imper. act. sub. sup.* His formulis prætores de iure pronuntiabant sub conditione facti, *Si hic*, *aut ille possideret: Si Lucius Titius mutuum dedisset: Si Lucius Titius furtum fecisset:* & remitte- 18

mittebatur res ad iudicem, qui de re & facto cognosceret, deinde de iure secundum formulam pronuntiaret. Longe alia ratio sententiæ iudicis; hæc certa esse debet. §. *curare*, *Inst. de act.* Incerta nullius momenti est Tit. *de sent. quæ sine cer. quan. sup.* Denique sententia ea est demum, quæ controversiam dirimit, nec aliter iudex iudicare debet *L.* 1. *D. de re iud.* Iam vero in hoc iudicio controversia est, uter ex litigatoribus possideat, aut an ambo possideant. Ita hanc controversiam a iudice dirimi oportet, & certo pronuntiari aut ambos possidere, aut unum, aut neutrum, & si quis possidet, dici, quis possideat.

19 Hæc † de verbis sententiæ dicta sunt. In iure autem qualem sententiam dicat, cum quæritur de hoc interdicto, etiam atque etiam considerandum est. Et multum interest, utrum unus tantum ex litigatoribus possessor sit, an ambo possessores. Si unus tantum possessor est: officium iudicis est, ut eum possidere pronuntiet, non enim possessionem ei dat iudex; sed eam quæ est, declarat, ut de dominio & servitute dicitur in *L.* & *ex diverso*. §. 1. *D. de rei vind. L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si ser. vind.* Deinde hanc possessionem ita confirmabit, ut condemnet adversarium in futurum, ne vim faciat possidenti, quo minus ita possideat, ut verba interdicti indicant.

20 Sed † an adversarius cavere debet possessori, se eum in posterum impediturum non esse? Et hoc plerisque placet, ut Bartolo hic, & Duareno *lib.* 2. *disput. cap.* 21. argumento servitutum viæ, itineris, aquæductus: in quibus si dominus fundi de earum possessione victus sit: iubetur adversario cavere se non impediturum euntem, agentem, aquamve ducentem, *L. pen. D. de aq. quot.* & *æsti.* Aliis non probatur: quorum sententia, ut mihi videtur, vera est. Nam quod hæc cautio in servitutibus nominatim exigitur a victo, vel hoc ipsum argumentum est, in controversiis rerum corporalium a victo eam exigendam non esse. Nam & cum quis in confessoria actione de servitute iudicatus est servitutem debere, cautio superior ab illo exigitur. *L. legi*, *L. harum*, *D. si ser. vind.* Et tamen inter omnes convenit, in controversiis de proprietate rerum corporalium nullam talem cautionem a possessore exigi. Non recte igitur, quod de genere servitutum dicitur in hac specie, ad res corporales transfertur. Et certe differentiæ ratio est in promptu, quam bene reddidit Baro ad *L.* 1. *in pr. hic*, nempe hæc, quod nihil sit in servitute, quod dominus, qui de servitute victus est, restituat corpore: servitutis namque nulla est possessio. *L. quoties ult. D. de ser.* Et ob eam caussam subsidio exigitur cautio a victo, quæ sit pro servitutis restitutione. Nihil tale in rerum corporalium possessione: quandoquidem possessio rei corporalis restitui potest, qua restituta, inepte quærimus aliud, quod restitutionis vice fungatur.

Hæc † ergo de possessione & eius tuitione iudicis sententia erit. In præteritum vero, prout petitum erat, ita adversarium condemnabit in id, quanti interest victoris sibi vim factam non esse. Ubi non corpus ipsum rei æstimabitur, idest, quanti res ipsa est, de cuius possessione agitur; sed possessio ipsa, sive quanti interest possessoris possedisse sine interpellatione. In quo continentur fructus & mercedes quibus actor idcirco caruit, quia vis ei facta est, quo minus re libere uteretur: quæ sententia est *L.* 3. §. *ult. D. eodem*. 21

Hæc † de uno possessore. Longe alia caussa est, si ambo pronuntientur possidere. Nam hic neque unus alteri condemnabitur in id, quod alterius interest, neque prohibebitur unus vim facere alteri, quo minus possideat libere. Quod ut intelligatur, sic habendum est, naturam non pati, ut duo libere in solidum possideant. Nam libere possidere est re uti quomodo velis, ut significatur in *L. sicut*. §. *Aristo*, vers. *sed* & *interdictum*, *D. si ser. vind.* Uti autem quomodo velis, est uti solum, si velis, & ab usu rei prohibere cæteros, ut indicatur in eo §. *Aristo*, Ita fit, ut uno utente, alter uti non possit. Quocirca duorum possessorum in solidum hæc est conditio iure, ut uterque re possessa uti possit altero consentiente: cum scilicet dividunt usum aut temporibus, aut regionibus: idest, ita, ut aut alternis utantur; aut dividunt regiones, quas singulis attribuant. Cæterum invito altero neuter uti potest: & si unus utetur, alter prohibendi ius habet. Nam si in re communi, quæ a duobus pro indiviso possidetur, neuter altero invito in ea re quidquam facere potest, sed alter prohibendi ius habet: *L. Sabinus*, *D. com. divid.* multo magis id tum dicendum est, cum duo non pro parte licet indivisa, sed singuli in solidum possident. Hoc constituto, duo sunt consequentia, ut dixi. Primum illud, si quis alterum impedierit, quo minus libere possideat; tamen eum in id, quod adversarii interest, condemnari non debere. Iure enim impedivit 22

qui prohibendi ius habuit. Quod autem iure fit, pœnam non meretur. *L. Gracchus, infr. de adult.* Alterum, non debere iudicem in futurum prohibere, ne alter alteri vim faciat, quo minus possideat: quoniam singuli ita possidere non possunt sine vi, quin alter simul possidere prohibeatur, ut supra ostendi. Nunc autem ambo iubendi sunt ita possidere, uti possident. Restat igitur, ut in duobus possessoribus talis esse debeat sententia iudicis, ut primum declaret ambos possidere: indicat Ulpianus in *L. 3. in princ. D. eod.* cum ita scribit in hac specie: *nam & tu possides, & ego.* Deinde iubeat iudex utrumque possidere altero consentiente, altero invito vetet. Quo modo intelligetur iudex secundum verba interdicti iubere, ut litigatores ita possideant, uti possident. Sic enim in solidum possident, ut dixi: ut singulis sit ius prohibendi, ne se invito alter possideat. Neque vero aliam sententiam iudex ferre potest, ubi ambo possident.

23 Scio † multa scripta esse a Bartolo, quibus efficere conatur, ut unus tantum possessor fiat sententia iudicis, aut ut duobus possessoribus constitutis, inter eos sententia iudicis componatur: sed in his nihil idonei attulit. Non enim probandum est, quod dicit, eum solum a iudice pro possessore habendum esse, qui antiquiorem possessionem habet, quasi posterior possessor clam possideat. Nam scimus in hoc interdicto non quæri, quamdiu quis, aut quam pridem possederit, sed an possideat tempore litis contestatæ: & eum, qui eo tempore possideat, vincere hoc interdicto §. *sed interdicto, Inst. de interd.* Sed nec ad rem pertinet, si posterior clam possideat; dummodo non possideat ab adversario, ut interdicti verba ostendunt, *L. 1. §. ult. D. eod.* Multo minus probandum est, quod dicit eum potiorem esse debere qui probabitur cum titulo possidere: cum appareat ex interdicto prætorem eum tueri, etiam qui vi aut clam aut precario possidet; dummodo ab adversario ita non possideat. Ne illud quidem verum est, quod dicit, spectandum esse, ab utro sint plures testes, & magis idonei; ut a quo sunt is vincat, argumento *L. ob carmen, §. ult. D. de testib.* Hoc enim tunc recipiendum est, ubi ex testibus uni affirmant, quod alii negant, ut incertum sit, quibus fides habenda sit. Tum enim necesse est, rem numero, aut auctoritate ponderari. At cum testes partium de rebus diversis testimonium dicunt, etiam duo fidem facient pro eo, a quo producuntur, nisi refellantur. *L. ubi, D. de testib.* Quod in hac controversia possessionis accidit, ubi singuli probando se possidere, idest, rem affectu domini tenere: non ideo etiam negant adversarium ita tenere, unde & ambos tuetur prætor. Quod autem ille scribit, cum in pari caussa duo possessores esse pronuntiantur, iudicem pronuntiare debere eos esse possessores pro parte indivisa, ut concursu partes faciant: tale est, ut non minus, quam superiora, interdicto refellatur. Nam si in solidum possident, ut in primis possident: necesse est ex interdicto iuberi eos ita possidere, ut possident: idest, in solidum, quia in solidum possident. Neque vero recte usus est in hac re exemplo plurium, quos prætor mittit in possessionem damni infecti nomine, qui dicuntur concursu partes facere. *L. si finita, §. cum autem, D. de dam. infect.* Nam hoc recte facit prætor in iis, quos ipse possessores facit, quales sunt, quos ipse mittit in possessionem. At cum duo ante possident, & inter eos incidit controversia de possessione, sic ad prætorem & iudicem veniunt, ut possessionem suam retineant hoc interdicto: neque aliud officium iudicis est, aut prætoris, quam ut ita iubeat eos possidere. Effectum est igitur, talem sententiam iudicis esse debere, qualem dixi.

Sed † video, quæ contra dici possint, 24
ne huiusmodi sententia recipiatur. Nam ex ea hæc sunt incommoda duo. Primum, quod si litigatores de possidendo non consenserint, & ita non possidebunt: necesse erit rem negligi, atque ita fructus & rem ipsam utrique perire. Alterum, quod si unus altero invito possidere volet, eveniet, ut ab adversario prohibeatur; quamobrem & veniet res ad rixam & arma: quæ prohibere officium est boni prætoris & iudicis, ut declaratur in *L. si cuius 13. §. sed si inter duos, D. de usufr.* Verum adversus ista incommoda hoc remedium est, ut unus satisdet eo modo, quo paulo post dicemus; si neuter satisdedit, hoc relinquitur, ut inter se de possessione consentiant. Si non consentient, ipsi se concursu impedient; ut de duobus fructuariis responsum est, quibus ususfructus legatus est alternis annis, & ambo primo anno frui volunt, de quo scriptum est in *L. quoties, D. de usufruct.* In quo si quid incommodi est, de se queri debent, non de iudice, qui id pronuntiavit, quod natura iudicii ab illo exigebat. Nam quod dicitur prætorem non debere pati, ut litigatores ad rixas & arma procedant, tunc locum

locum habet, cum prætor potest litigatores iurisdictione sua componere, ut adiectum est in *d. L. si cuius, §. sed si inter.* Nunc autem in hoc iudicio res aliter componi non potest, quam ut qui in solidum possident, ita iubeantur possidere. Sed rursum ex hac re incidimus in id postremum incommodum, quod vitari non potest, si pronuntientur ambo possidere. Nam hoc interdictum comparatum est: ut pronuntietur unus possessor esse: ut scilicet eo invento possit petitoria actio institui, in qua unus possessor esse debet; alter non possessor, sed petitor. *§. retinendæ, in Institut. de interdict.* Atqui duobus possessoribus in solidum constitutis aperte facimus contra hunc finem; neque ad petitoriam actionem, sive ad caussam proprietatis pervenire possumus. Et hoc verum esse fateor, idemque & in hac re accidere intellexerunt veteres; quam etiam ob caussam & huic incommodo remedium quæsitum est, de quo mox dicam. Quod sane non alio spectat, quam, ut quamvis revera ambo litigatores possideant sententia iudicis, tamen unus possessor constituatur, ut sic iudex deinceps possit de proprietate cognoscere. Est autem id remedium, quod subiicitur in *hac L. unica*,
45 illis verbis; *Ac † satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet*. His verbis, inquam, traditur remedium id, quod iam dixi. Remedium tale est: Unus ex litigatoribus offeret alteri satisdationem iudicatum solvi, qua contineatur, ut caveat se rem controversam curaturum; & si adversarius de proprietate vincet, se ei & rem & fructus & omnem caussam restituturum: quoniam scilicet ita iudicabitur, idest, condemnabitur. Si recipitur hæc satisdatio ab eo cui offertur, qui ita satisdabit, solus possidebit. Si non satisdabit, transferetur ab eo possessio in adversarium eadem conditione, si & ipse vice mutua satisdabit: quo casu & ipse solus possessor habebitur. Ita plane intelligetur, uter sit possessor, uter petitor. Atque id ita fieri debere docet forma huius satisdationis edicto perpetuo constituta. Hanc sententiam esse huius loci interpretor: quam convenientem esse huic loco, intelligi potest ex iis, quæ de satisdationibus huius generis referuntur Titul. *Instit. de satisdat. in prin.* illic traditur, a possessore qui rei vindicatione convenitur, olim exigi solitam satisdationem iudicatum solvi. Exigi autem solitam hanc edicto perpetuo, licet existimare ex eo, quod & cæteræ satisdationes, de quibus illic agitur, edicto perpetuo iniungebantur: argumento sunt satisdationes, quæ a procuratoribus & defensoribus illic exiguntur, de quibus edicto de procuratoribus comprehensum esse constat. Quo minus autem dubitemus eam satisdationem hoc loco accipere, Asconius faciet, qui testatur eam ipsam usurpari solitam in lite vindiciarum, idest, in lite, quæ est de possessione, de qua ipsa nunc agitur. Sic enim ille scribit in 3. *actione in* Verrem. *Vindiciarum lis est, cum litigatur de ea re apud prætorem, cuius incertum est, quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisdat pro præde vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium est*. His verbis non aliam plane satisdationem significat, quam illam ipsam iudicatum solvi, quæ nimirum exigebatur a possessore. In quo ius illud vetus superius, quod exstare dixi in institutionibus, aperte confirmat. Potest tamen videri Asconius loqui de alio genere satisdationis: propterea quod satisdatio iudicatum solvi præcipue concepta est de re restituenda & iudicato faciendo. Asconius autem meminit eius satisdationis, qua possessor hoc solum cavet, nihil se in re possessa deterius facturum. Sed nihilominus his verbis idem illud prius sensit: certe sentire debuit. Quo enim de re recte tuenda caveri adversario, si hæc illi restitui aliquando non debet? Quod si ei vincenti restitui debet; omnino & de re restituenda, ac iudicato faciendo ei cavendum fuit. Ita fit, ut de ea satisdatione Asconius sentiat, quæ dicitur in usu iuris *Iudicatum solvi:* ea ipsa, de qua apud Iustinianum scriptum esse ante dixi, & de qua in controversia possessionis hoc loco Imperatores senserunt.

Quid, si ambo litigatores volent satisdare, ut sic possessionem apud se retineant? Dicendum est eum in satisdando præferri, cui satisdatio oblata est, ab adversario, ut fit, cum ad tutelam gerendam unus ex pluribus tutoribus satisdationem offert aliis contutoribus suis. Nam is præfertur in satisdando, cui satisdatio oblata est, ut is solus tutelam administret, ut declaratur in *§. 1. Inst. de satisd. tut.* Quid, si is, cui satisdatio oblata est, non satisdet? dicemus ab eo possessionem transferri in eum, qui obtulit. Docet id forma in omnibus edictis satisdationem alicuius rei caussa exigentibus servata: qua placet non satisdantis pœnam hanc esse, ut denegetur ei id, propter quod satisdatio exigebatur. *L. mutus, §. pœna, D. de proc.* Indicat & forma servata in iis caus-

fis in quibus a possessore exigitur satisdatio. Ut, cum heredem, a quo res fideicommissæ petebantur, cum appellasset, constitutum est cavere debere, & id ante sententiam: si non caveat, placet ad adversarium possessionem transferri debere. *L. 5. §. 1. D. ut leg. seu fid. no. cav.* Paulus *lib. 1. senten. tit. de satisd. in pr.* Sed adiiciemus hac lege transferri possessionem in adversarium, si & ipse satisdet ei, a quo possessio transfertur. Quod quidem hic prætermissum est: sed satis intelligitur illis verbis, quibus iubetur forma edicti perpetui servari. Intelligimus enim edicti hanc formam fuisse, ut is quoque vice mutua satisdaret, in quem possessio transfertur: quia edictum sic tuebatur possessorem, si satisdaret iudicatum solvi. Sed dubitatio sublata est *d. L. 5. §. 1. ut leg. no. cav.* ubi nominatim ita transfertur in adversarium possessio, si ipse satisdet. Uter autem satisdabit, hic solus pro possessore habebitur. Ita fiet, ut iam possit præses de proprietate cognoscere, ut hic dicitur, non ante: quoniam hoc non constituto uter possessor sit, petitoria actio de proprietate, ut ante diximus, institui non potest. Ex quibus intelligitur, interpretationem superiorem & verbis convenientem esse, & formæ veteris dicti consentientem; & ad perplexitatem, quæ hic incidit, removendam quam maxime accommodatam: proinde si nihil aliud evidens contra proponatur, quam maxime retinendam.

Sed animadverto ei duo obiici posse: de quibus sigillatim respondebo. Primum illud ipsum ius, quod de hac satisdatione ducimus ex Tit. *Institut. de satisd.* Esto enim, fuerit ius illud vetus, quod dixi, ut a possessore exigeretur satisdatio *iudicatum solvi*. At hoc ibidem sublatum est in §. *sed hodie*. Illic enim nunc eam non exigi scriptum est, cum quis actione in rem convenitur.

26 Sed sciamus, † nihil his verbis de iure superiore in hac specie, de qua agimus, immutari. Scriptum enim id est in ea specie, cum unus tantum ex litigatoribus possessor est, & de eo constat. Hic enim demum est, qui in rem actione convenitur, §. *retinendæ, Inst. de interdict.* Ab eo vero possessore recte hodie receptum est, satisdationem istam *iudicatum solvi* non exigi. Fit enim illi iniuria, si dum non satisdat, possessio illi aufertur, quæ ipsius erat: & præsertim si non possit satisdare. Sed etsi possit & nolit, tamen iniuriosum est satisdationem ab illo exigere. Nemo enim aliena petitione & alieno facto onerari debet. *L. in caussa, in fin. princip. D. de procur.* Est etiam contra hoc interdictum, quod tuetur possessorem. *L. 1. §. penult. D. eod.* Nam si possessio ei aufertur, possessorem non tuemur: si satisdat, & ita apud eum manet possessio, ne sic quidem eum tuemur: hoc enim est non possidentem tueri, sed satisdantem. Bene igitur, ut dixi, ab eo, quem solum possessorem esse constat, satisdationem *iudicatum solvi* non exigimus, de quo in dicto §. *sed hodie*, scriptum est. Sed alia caussa est, cum duo sunt possessores. Hic uno satisdationem offerente, ab altero satisdationem exigimus, aut ab eo possessionem transferimus, quia hic necessaria est ista satisdatio, ut constituatur unus, qui solus pro possessore habeatur: quo non constituto, ut ante dixi, petitoria actio institui non potest. Neque fit alteri non satisdanti iniuria; quoniam si is de proprietate vicerit: satis ei & de re & de fructibus atque omni caussa cautum est per satisdationem. Porro in hac lege agi de his, qui ambo possident, primum declarant illa verba, *cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis*, deinde, quod satisdatio ea de caussa hic exigi videtur, ut sic præses de proprietate possit cognoscere. At hoc tunc solum facere necesse est, cum ambo possident, ut sic per satisdationem unus possessor constituatur; non est tunc necesse, cum constat unum tantum esse possessorem, quoniam & sine satisdatione ulla adversus eum potest rei vindicatio institui.

Alterum † etiam incommodum obstat 27
superiori sententiæ. Nam si eum, qui satisdat, possessorem constituimus, adimimus alteri commodum possessionis, cum iubemus eum petitoris partes sustinere: quod commodum illi adimi non debuit, cum possessor fuerit. Sed facile vitiatur hoc incommodum, si quis ex litigatoribus antiquiorem possessionem habeat cum titulo, quamvis nec satisdationem offerat. Nam hic semper potior erit in caussa proprietatis, sive ipse satisdabit, sive adversario satisdante petitoris partibus fungetur. Cum enim duo rem aliquam a duobus non dominis acceperunt, is potior est, qui solus possidet. Si ambo tenent, is tuendus est, qui primum cœpit possidere. *L. si ea res, §. ult. D. de act. em.*

Cum † hæc interpretatio convenientis- 28
sima est huic loco; tum vero ut solam huic loco convenire putem, hac collectione sum confirmatus. Nam si ex duobus litigatoribus unum volumus esse possessorem, alterum reum, eumque vinci

de

de possessione, & hic locum esse putamus illi satisdationi, de qua hic agitur: necesse est eam aut a victo exigamus, aut a victore eodemque possessore. A victo nulla est, quæ exigatur, nisi hæc, ut satisdet, se possessorem eundemque victorem non impediturum, quo minus possideat. At hæc cautio in servitutibus tantum exigitur, quod exemplum ad res corporales transferendum non est, ut supra docuimus. Sed & in servitutibus cautio tantum exigitur in hac specie, non satisdatio, ut patebit ex iis locis, quos de hac re citavimus: nunc autem de satisdatione hic quæritur. Sed nec a reo victo exigitur translatio possessionis, quanvis iuste possideat. Etsi enim is possideat vi ab actore, quo nomine & ab eo victus est: tamen possessio in actorem non transferetur ex hoc interdicto; quoniam non est interdictum recuperandæ possessionis. *L.* 1. *§. est igitur*, *D. eod.* Itaque cum hanc sententiam posuisset Franciscus Duarenus *lib.* 1. *Disput. capit.* 21. merito videtur notatus a Barone *hoc titulo*: item a Cuiacio *lib.* 1. *recept. sentent. Pauli titul.* 1. *de satisdatione*. Quanquam in posteriore reprehensio ferenda non videatur, quod cum hanc sententiam etiam cum convitio auctoris insectatus esset: tamen postea eam ipsam sententiam non tantum consignavit literis, sed etiam a seipso diffidens pluribus verbis confirmare conatus est, *lib.* 1. *Observat. cap.* 22. sed frustra. Nam semper hoc tenebimus, hoc interdicto amissam possessionem non recuperari, eoque ab eo, qui vi possidet, possessionem hoc interdicto non transferri. Quod si a victore, eodemque possessore, qui solus possessor declaretur, satisdationem hanc exigemus; aut erit satisdatio *iudicatum solvi*, quam Accursius intellexit, aut satisdatio *de re conservanda*, qualis a possessore hereditatis exigitur. *L.* 5. *D. de pet. her.* ut sunt interpretati Baro & Cuiacius superioribus locis. At satisdationem *iudicatum solvi* intelligere non possumus: hæc enim in hac specie hodie non exigitur. *d. §. sed hodie*, *Inst. de satisd.* Illam alteram multo minus. Primum, quia quibuscunque in locis satisdatio illa a possessore exigitur, ex ipsa lectione constabit exigi eam a possessore hereditatis, ut *d. L.* 5. *de pet. her. L. de bonis*, *§. ult. D. de Carb. edict. L. ex libero*, *§. ult. D. de quæst.* Cur a possessore hereditatis tam constanter, nisi ut intelligeremus a possessore rerum singularum in iudicio de proprietate eam non exigi? arg. in *L. ex eo*, *D. de testib.* Tum autem cur a possessore hereditatis hæc satisdatio exigatur, certa ratio est. Sunt enim in hereditate res multæ, quas vendi oporteat multis de caussis: in quibus distrahendis deminui hereditatem iniquum est sine satisdatione, qua petitori caveatur: ut declaratur pluribus in *d. L.* 5. *D. de pet. her.* Cessat hæc ratio, cum res vindicatur: neque enim ea alienatur, neque alienari potest in fraudem eius actoris, qui se dominum contendit, ut proinde adversus id periculum, quod nullum est, supervacua sit satisdatio. Quæ si ita sunt: conficitur, quamdiu unus ex litigatoribus possessor est, & id constat, ei satisdationi, de qua hic agitur, locum esse non posse. Atque hoc rursum si ita est: relinquitur ei tunc solum locum esse, cum ambo litigatores possident, eamque in hac perplexitate instituendæ petitionis explicanda satisdationem esse *iudicatum solvi*, quæ ab alterutro exigatur, ut constituatur scilicet uter sit possessor; atque hoc ita constituto, sic deinde de proprietate agatur, de qua agi, nisi adversus possessorem, non potest.

AD TITU-

Digitized by Google

3 Illud † visum est hoc loco pluribus explicare, quod de imperfecto testamento, quod signatum non est, quæritur: an & de eo hoc interdictum locum habeat. Negat enim Africanus in *L. si quis legatum, D. ad L. Cor. de fal.* Ulpianus autem contra in *L. 1. §. sive autem, D. h. tit.* Ita scribit: *Itaque dicendum est ad omnem omnino scripturam testamenti, sive perfectam, sive imperfectam hoc interdictum pertinere*. Vera est Africani sententia: quoniam quod testamentum non est signatum, non tam inutile est testamentum, quam nullum. Interdictum autem tabulas testamenti exigit. Non adversantur suprascripta verba Ulpiani: *Imperfectæ* enim *scripturæ* verbo apud illum intelligere debemus id testamentum, quod signatum est, sed alias iure non valet. Etsi enim dicat, interdictum pertinere ad omnem omnino etiam imperfectam scripturam, quibus verbis omne testamentum imperfectum comprehenditur: tamen non simpliciter dicit *ad omnem scripturam*, sed addit *testamenti*. Hoc verbo satis testamenti non signati tabulas excludit: iam enim dixi aperte non esse testamentum, quod signatum non fuit. Unde nec ex eiusmodi testamento dat prætor bonorum possessionem secundum tabulas: quam tamen ex omni testamento rite signato, quanvis alioqui iure civili non constitat, pollicetur. *§. non tamen, Instit. quib. mod. test. infir. L. 1. §. pen. & ult. D. de bon. poss. sec. tab.* Videndum tamen, ne idem Ulpianus in *L. 2. §. 1. D. quem test. ap.* etiam imperfecta testamenta, quæ signa testamenti non habent, dicat abusive testamenta dici, & ad caussam testamenti videri pertinere, quibus verbis hoc interdictum conceptum est: sic enim scribit: *sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quæ falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere*. Hinc imperfecta distinguit a prioribus: quæ si distinguimus, non possunt imperfecta alia intelligi, quam quæ signata non sunt. Priora enim vitia sunt aut ex persona testantis, aut ex præteritione liberorum, aut ex his, quibus postea testamenta infirmantur. Quibus exceptis, solum id vitium relinquitur, quod est ex solemnibus testamenti omissis. Nec *pro itemque* quod legitur in Pand. Flo. recte legetur, *itaque*, ut in hac collectione, seu illatione intelligamus eadem testamenta, de quibus prius locutus erat: quoniam ineptissima esset hæc collectio & nugatoria: ea, quæ iure non valent, appellamus testamenta: ea ergo ipsa solemus testamenta appellare. Sed hæc sententia est Ulpiani, ut addat aliquid prioribus, & dicat non solum priora testamenta, quæ vitio aliquo interiori laborant, abusive testamenta dici, & edicto illo contineri; sed etiam illa, quæ sunt imperfecta, idest, non signata, & manifestis solemnibus destituuntur. Num ergo in his edictum illud locum habet? Habet auctore Ulpiano; sed non ideo de his interdictum *de tabulis exhibendis* competit. Nam edictum pertinet ad eum, qui fatetur tabulas esse apud se. *L. 2. §. ult. D. quem test. ap.* Non est iniquum, eum, qui id fateatur, compelli eas exhibere, quod sine iudicio & nullo negotio potest facere. Interdictum adversus eum datur, qui negat penes se esse tabulas. *d. L. 2. §. ult.* Non debet facile iudicium institui, & molestia iudicii neganti intentari in iis tabulis, quas aperte non esse tabulas testamenti constat: quod fit, ubi non esse signatas inter litigatores convenies. Nisi quis malit, de imperfecto testamento etiam quod signatum non sit, competere non solum remedium superioris edicti, sed etiam interdictum *de tabulis exhibendis*, propter generalitatem utriusque loci, de imperfecta scriptura testamenti definientis, hanc quoque testamentum dici: Africanum autem sic conciliemus, ut idem affirmet. Quod quidem efficere possumus non emendatione, aut restitutione ulla verborum, sed ordine duorum verborum converso, ita commode, ut eadem verba retineantur, & optime constet verborum contextus, eiusque sententia. *Ceterum*, inquit, *si signatum testamentum non fuerit, magis est, ut senatusconsulto locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet*. Sic est lectio vulgaris. Hæc verba, *sicuti nec*, convertamus, ut sit, *nec sic uti*, ut convertatur ordo, & tria verba distincte efficiantur: consentientem sententiam habebimus, salva recti sermonis ratione. Erit enim hæc lectio, atque hic sensus: *magis esse, ut senatusconsulto locus non sit, nec sit sic, uti interdictum de tabulis exhibendis de huiusmodi testamento locum habet*: quasi diceret, hic senatusconsulto locum non esse. Et hoc videtur melius & verius. Nam si dicamus, de imperfecto, idest, non signato testamento non competere interdictum, quia id non sit testamentum: dicendum erit nec competere id de falso: quoniam quod testamentum falsum esse constet, id multo minus testamentum erit, cum testationem defuncti omnium minime habeat: & tamen de falso testamento etiam quod tale esse constiterit, interdictum competit. *Reli-*

4 *Relictæ tabulæ* dicuntur, † quæ post testatorem, idest, mortuo testatore relinquuntur, & exstant. Ideo ergo hoc additum est, ut intelligeremus, hoc interdictum ad vivi tabulas non pertinere. *L.* 1. §. *pen.* *D. eod.* Vivus de tabulis exhibendis agit actione ad exhibendum. *L.* 3. §. *si ipse*, *D. eod.*

5 Datur † hoc Interdictum adversus eum, penes quem sunt tabulæ, aut qui dolo fecit, quo minus penes se essent. Penes eum esse intelliguntur, qui aut corpore suo eas tenet, & habet exhibendi facultatem, aut ita apud alium posuit, ut alieno corpore possideret, veluti si tabulas apud alium deposuit. Nam per depositarium, commodatarium, & similes personas possidemus. § *possidere*, *Inst. de interd.* Inde recte dictum est ab Ulpiano in *L.* 3. §. *si tabulæ*, *D. eod.* si quis tabulas apud aliquem deposuerit, utrumque hoc interdicto teneri, & eum, apud quem sunt depositæ, quia tenet: & eum, qui deposuit, quamvis sine dolo desierit tenere corpore suo. Ideo autem hic tenetur, quia tenet nihilominus per eum, apud quem deposuit, ut supra dixi. Dolo desiit tenere, qui aut supprimendi animo fecit, quo minus tabulas apud se haberet, aut cum sciret legatum, vel hereditatem peti, ideo tabulas alii tradidit, ne ipse conveniretur. *L.* 3. §. *si quis dolo*, *D. eod.*

6 Etsi † autem nihil amplius additum sit in hoc interdicto, quam eum teneri, penes quem tabulæ sunt: tamen sciendum est, non simpliciter eum teneri, sed hac conditione dumtaxat, si aut neget penes se esse tabulas, quæ penes eum esse dicuntur; aut neget se exhibere oportere, quia forte adversarii nihil intersit, hoc Ulpiano in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* Sed cum in interdicto non sit, unde hoc est ab illo sumptum? Ex natura iudicii, quo agitur. Interdictum proponitur: proinde actio, qua iudicio agitur, ut est definitio actionis. *Instit. de act. in pr.* Nulla est autem hæc actio: proinde nullum interdictum adversus eum, qui confitetur, nec ulla defensione, aut exceptione utitur. Hoc enim est, quod dicitur, in confitentes nullas esse partes iudicandi. *L. proinde*, *in fin.* *D. ad L. Aquil.* Quid igitur, si quis fateatur, penes se esse tabulas: an non exhibere cogetur? Imo multo magis; sed id alia parte edicti efficitur, non hoc interdicto, de quo in extremo dicemus. Da-

7 tur † hoc interdictum illi: sic enim verba sunt interdicti: *Illi exhibeas*. Illi, sic accipe petenti, & interdicto hoc agenti. Quid ergo, an omni petenti hoc interdictum competit? Et placet non competere, sed ei tantum, qui testamento, sive his tabulis, de quibus agitur, quid ascriptum habet. *L.* 3. §. *solent*, *D. eod.* Rursum hic quæro, cum hæc verba interdicti ad omnem petentem referantur: cur de eo, quem supra dixi, interdictum tantum interpretemur præter vim & significationem verborum? Sumptum hoc est ex vi & potestate huius interdicti, ac proinde ex sententia. Intelligendum est enim condemnationem ex hoc interdicto esse in id, quod actoris interest. *L.* 3. §. *condemnatio*, *D. eod.* Quod si ita est: inutile est hoc interdictum ei, cuius nihil interest. Porro tabulas exhiberi, eius tantum interest, qui quid testamento adscriptum habet. Quare huic solum interdictum utiliter competit. Qui testamento aliquid adscriptum habent, duo sunt: heres, & is, cui quid legatum, aut fideicommissum est. Sic fit, ut solis legatariis & heredibus hoc interdictum competat. Utrisque competere certum est ex *d.* §. *condemnatio*. Veruntamen de heredibus nonnihil dubitari potest, propterea quod in *L.* 3. §. *si ipse*, *D. eod.* scriptum est, omnes, qui corpora tabularum sua esse dicunt, ad actionem ad exhibendum remittendos esse, neque hoc interdictum habere. Atqui corpus testamenti est heredis, de quo sic habendum est. Non semper corpus testamenti est heredis: fieri enim potest, ut heres nondum hereditatem adierit. Fieri potest, ut adierit, sed solus non sit heres, ut proinde nec testamentum sit eius solius. Quibus casibus nemo dubitabit, quin illi interdictum *de tabulis exhibendis* competat, nec quidquam obstet superior locus. Quod si solus erit heres, & hereditatem adierit, ut corpus testamenti eius est: ita sine dubio ad exhibendum agere potest *de tabulis exhibendis*, ut diserte scriptum est in *L.* 3. *D. quem test. ap.* Sed nihilominus & de tabulis exhibendis interdicto potest experiri, ut constat ex *d.* *L.* 3. §. *condemnatio*. Neque obstat, quod supra dixi ex *d.* §. *si ipse*, eos, qui corpora tabularum sua esse dicunt, hoc interdictum non habere. Nam cum heres hoc interdicto agit, non agit de testamento tanquam suo, seu eo, quod suum esse contendit, sed tanquam de eo, in quo aliquid adscriptum habet, quæ huius interdicti intentio est.

Utcumque est, semper hoc manet, nisi quis legatarius sit, aut heres, ei hoc interdictum non dari. Hinc pendet † re- 8
scriptum huius tituli, cuius hæc est sententia: eos qui se pupillis a patre substitutos esse dicunt, de tabulis, quibus substitu-

Digitized by Google

ftituti sunt, exhibendis posse hoc interdicto experiri adversus omnes, penes quos sunt illae tabulae, si modo haec quatuor concurrant: si ii, quibus actores substituti sunt, fuerint filii testatoris, a quo substituti sunt; si impuberes; si in potestate patris fuerint; postremo si decesserint. Quae ideo exiguntur, quia ex substitutione pupillari, qualis hic obtendebatur, substituti non sunt heredes, seu quod idem est, substitutio nullius momenti est, nisi superiora illa quatuor concurrant, ut describitur haec substitutio. *Inst. de sub. pupill. in pr.* Proinde cum substituti haec quatuor dicere debeant, ut qui aliter non sint heredes defunctorum pupillorum ex substitutione: dubitari non debet, quod ab interpretibus quaeritur, quin eadem quatuor debeant probare, si ab adversario negentur, iuxta regulas iuris, quibus efficitur, & dicenti incumbere probationem: & actore non probante reum absolvi. *L. 2. D. de prob. L. qui accusare, sup. de eden.* His autem probatis, non agent tantum substituti de tabulis pupillaribus exhibendis, id est, de ea parte testamenti, in qua substituti sunt filiis impuberibus, sed agent de toto testamento patris: propterea quod non exhibentur tabulae pupillares, nisi totum testamentum patris exhibeatur, cum sint pars & sequela testamenti paterni, ac sine eo nullae sint, *§. igitur, §. liberis. Inst. de pupil. sub.*

9 Sed † hoc admisso, hoc interdictum non nisi heredibus, aut legatariis competere, & iis, qui se tales esse probent: incidit hoc interdictum in eam difficultatem, ut iam plane videatur esse inutile. Nam qui se heredem dicit institutum, aut sibi legatum relictum esse, is aut tabulas testamenti habet, aut non habet. Si habet, hoc interdictum illi non datur, cum tabulae sint penes eum, non penes adversarium. Si non habet, non potest probare, sibi quid testamento esse relictum: sine quo hoc interdicto non vincit. ideo autem non videtur probare posse; quia traditum est de iis controversiis, quae ex testamento nascuntur, inquiri veritatem non posse, nisi inspectis & cognitis verbis testamenti, *L. 1. D. quem. test. ap.* Sed hic non haerebimus. Nam & sine testamento, quod penes se actor non habet, probare potest de iis, quae testamento scripta sunt; puta, si qui forte testes testamentum prius legerint, aut si apud eos testatore iubente testamentum sit recitatum, quibus testibus actor utetur. Nec obstat, quod dicitur, non inspectis verbis testamenti, non posse inquiri veritatem de iis controversiis, quae nascuntur ex testamento. Nam quaestio huius interdicti, non ex testamento est, ubi nihil ex testamento petitur, sed de testamento, id est, corpore testamenti.

Datur † hoc interdictum huius rei gratia, ut tabulae exhibeantur, seu ut fiat videndarum tabularum copia, *L. 3. §. hoc interdictum, D. eod.* Exhibitio tabularum huc spectat, ut confirmentur recognitis signis testium. Unde hanc exhibitionem non apud iudicem huius interdicti, si forte is iudex erit privatus, sed apud praetorem, fieri oportet; ut scilicet eius auctoritate convocentur testes testamentarii recognoscendorum signorum suorum causa: qui si vocati non adiint, coercebuntur. Haec in *d. L. 3. §. hoc interdictum. D. eod.* Coercentur autem testes aut pignoribus captis, aut mulcta indicta, quae sunt magistratuum remedia ad cogendos eos, qui sponte non parent, ut indicatur in *L. 1. §. ex hoc rescripto. D. de inspic. vent.* Ad hunc locum pertinet *L. 4. & seqq. D. quem. test. ap.* 10

Hac † petitione constituta, ut tabulae exhibeantur, hoc unum officium iudicis esse videri poterit in hoc interdicto, ut condemnet adversarium, ut tabulas exhibeat, quo facto iudex esse desinet, propterea quod sententiam petitioni convenientem esse oportet, *L. ult. C. de fideicom. liber.* Sed ne hic erremus, monendi sumus, ex hoc interdicto adversus eum, qui non exhibeat, condemnationem esse in id, quod actoris interest, *L. 3. §. condemnatio, D. eod.* Neque haec inter se contraria sunt. Nam in hoc interdicto utrumque facit iudex. Primum iubet reum tabulas exhibere, ut interdicti verba declarant, *illi exhibeas:* & ad exhibitionem dat tempus pro distantia locorum. arg. *L. 2. §. pen. D. quem. test. aper.* Haec sententia non est, sed iussus iudicis tantum, quod arbitrium a nostris auctoribus appellatur. Nam si sententia esset, statim post hanc sententiam iudex esse desineret, qui iussit exhibere, *L. iudex posteaquam, D. de re iud.* Si reus intra tempus praestitutum non exhibet, hic sequitur illa condemnatio, quam supra dixi. Hoc si interdicto olim expressum fuit, bene est. Si non fuit, tamen hoc a veteribus recte dictum est ex certa natura & potestate huius iudicii. Sciendum est enim, omnia iudicia ad exhibendum, aut restituendum comparata esse arbitraria, ut indicatur in *§. praeterea quasdam, Instit. de act.* Arbitraria sunt, quia ex arbitrio iu- 11

dicis pendent, ut ibidem traditur, idest, in quibus prius arbitratur, idest, iubet iudex restitui, aut exhiberi id, de quo quæritur; quod si arbitrio non pareatur, tunc sequitur, quæ hinc pendet, condemnatio iudicii propria. Condemnatio autem in id, quod actoris interest, quod adversus eum, qui dolo non restituit, æstimatur, quanti in litem ab actore iuratum est: adversus eum autem, qui non restituit culpa, quanti vere res est. Hæc regula posita est in *L. qui restituere, D. de rei vind.* de vindicatione quidem potissimum, de qua illic agitur: sed tamen ita, ut definiatur in extremn, hanc sententiam ad omnes actiones & omnia interdicta pertinere, quibus arbitrio iudicis quid restituitur. Si in restitutoriis iudiciis hoc ius est, quia iudicis arbitrio non paretur: hoc idem & in exhibitoriis servari oportet; quoniam ambo pariter sunt arbitraria, idest, ex arbitrio iudicis pendentia pariter. *d. §. præterea, Inst. de act.* Unde & in actionibus ad exhibendum similiter in litem iuratur adversus eum, qui iussus non exhibet, *L. in actionibus, D. de in lit. iur.* Hinc intelligi poterit, quomodo interpretandum sit, quod de condemnatione huius iudicii scribitur in *d. L. 3. §. condemnatio*. Cætera huc pertinentia ex eo §. recte petentur.

12 His † expositis de vi & natura huius interdicti, quæsitum est, quid opus fuerit hoc interdicto, cum videatur aliis actionibus & aliis partibus iuris in hanc exhibitionem satis consultum fuisse. Nam primum actio *ad exhibendum* generalis est de omnibus rebus proposita, quas exhiberi volumus, & omnibus proposita, quorum interest rem exhiberi, *L. 3. §. sciendum, D. ad exhib.* Deinde si specialis actio desideratur de tabulis testamenti exhibendis, de ea cautum est ea parte edicti, qua edicit prætor, quemadmodum testamenta aperiantur: ubi pollicetur omnibus desiderantibus, se iussurum, ut his tabulæ exhibeantur, *L. 1. D. quem. test. ap.* Sed neutra harum actionum ad eam speciem, de qua hoc interdicto agitur, pertinet. Idcirco de ea specie aut nullam actionem esse oportuit, aut constitui novam in hoc interdicto. Nam primum actio ad exhibendum solis his datur, qui corpora sua esse dicunt, aut ad ius suum pertinentia: puta bona fide a se possessa, sibi pignori obligata, se in his usumfructum habere, aut saltem sibi spem esse ea aliquando sua fieri posse, ut patet *ex L. 3. §. si ipse, D. hoc tit.* item *ex L. 3. §. est autem, & §. interdum, D. ad exhib.* Porro qui ex hoc interdicto desiderat tabulas exhiberi, neque tabularum dominus est, neque dicit tabulas ad ius suum pertinere, ut exhibitas vindicet. Datur enim interdictum legatariis: datur heredibus nondum adita hereditate, datur heredibus ex parte institutis. Quare in hanc caussam actio ad *exhibendum* esse non potuit. Quod autem attinet ad eam partem, qua cavet prætor, quemadmodum testamenta aperiantur: sane illic edicit se exhibitionem tabularum concessurum: sed longe alia conditione, & adversus alios, & longe dissimili effectu, quam in hoc interdicto. Nam illa parte cogit exhibere eum, qui non negat apud se esse tabulas. Ipse cogit tanquam magistratus, non tanquam iudex. Ideo & cogit longe aliter, quam iudex ex hoc interdicto. Nam eum, qui non negat tabulas apud se esse, *omnimodo* compellit exhibere, ut scribitur in *L. 2. §. ult. D.* quem. test. ap. *Omnimodo* sic interpretandum est, ut eum, qui non exhibet, non condemnet in id, quod actoris interest: quoniam hic iudicis officio non fungitur; sed ut vi extorqueat ab invito exhibitionem, vel tabulas illi auferendo, si habet præ manibus, vel mulcta indicta, quæ sunt remedia magistratus, *L. 1. §. 1. D. de insp. ven.* Ex hoc autem interdicto tantum agitur adversus inficiantem, aut eum, qui dicit se exhibere non oportere. Iudex cogit tanquam iudex, non tanquam magistratus. Cogendi ratio est in condemnatione, ex quo discrimen utriusque remedii manifestum est. Sed cur prætor non eodem modo se gerit adversus inficiantem? quia adversus inficiantem iudicio opus est, ut convincatur. *L. negantes, supr. de obl. & act.* Iudicio autem & iudice constituto, nihil relinquitur, nisi sententia iudicis, quæ aut in absolvendo est, aut in condemnando, *L. 1. D. de re iud.* Adversus confitentem nullo iudicio est opus. Idem tantum a magistratu ut magistratu, non ut iudice cogitur, *L. si debitori, D. de iud.*

AD TITU-

Digitized by Google

AD TITULUM VIII.

COD. DE LIBERIS EXHIBENDIS, SEU DEDUCENDIS, ET DE LIBERO HOMINE EXHIBENDO.

Ad L. Si. 1.

Imp. Antoninus A. Iustino,

Si (ut proponis) cum tuæ potestatis esses, super rebus maternis obtinuisti: potes eos qui tibi condemnati sunt, convenire. Quod si extiterit qui te filium, & in sua potestate esse contendit; interdicto in eam rem proposito, de fide intentionis eius quæretur. PP. VI. Id. Apr. Duobus & Aspris. Coss.

Ad L. Adi. 2.

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. & CC. Cyrillæ.

Adi præsidem provinciæ, ac postula filios tuos exhiberi. Subscripta V. Id. Apr. Byzantii AA. Coss.

Ad L. Si ad instar. 3.

Iidem AA. & CC. Evodiæ.

Si ad instar interdicti de exhibenda filia Philippi eum conveniendum putaveris: rector provinciæ aditus suam vobis accommodabit notionem. S. XII. Kal. Decemb. Nicomediæ AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *De liberis hominibus quæ interdicta. & n. 5.*
2. *Interdictum de libero homine exhibendo, adversus quem, & quibus.*
3. *Si quis hoc interdicto iussus non exhibet, condemnationem esse, quanti actor iuraverit sua interesse, vel ex affectu.*
4. *De liberis exhibendis interdictum cui, & adversus quem detur, & quid distet ab interdicto de libero homine exhibendo.*
   Exhibere hominem, aut liberos esse extra secretum habere ibid.
5. *De uxore exhibenda interdictum peculiare proditum marito: & id quale.*
   L. ult. C. hoc tit. *explicatur*. ibid.
6. *De liberis hominibus ducendis interdicta proposita duo: patri de filio, quem in potestate habet: marito de uxore: adversus quem, & quid sit ducere.*
7. *Adversus filium negantem se esse in potestate non competere hoc interdictum, si de potestate solum sit controversia: sed solum notionem prætoris: & cur utrumque.*
8. *Notio prætoris, quid.*
9. L. 1. §. 1. D. de rei vind. *explicatur*.
   Quid sit præiudicium, & prætoria cognitio. ibid.

1 DE liberis hominibus † duo sunt genera interdictorum. Unum, ut liberi homines exhibeantur, qui detinentur ab aliis. Alterum, ut eos ducere, seu abducere liceat, qui ad ius nostrum, sive potestatem pertinent, ut domi nostræ haberi possint. Prioris generis duo sunt interdicta. Unum de libero quovis homine exhibendo. Alterum de liberis, idest, de filiis nostris exhibendis. Prius † interdictum competit adversus eum, qui liberum 2 hominem retinet; sed hac conditione, si re-

retineat dolo malo, ut sunt verba interdicti in *L. 1. D. de liber. exhib.* Is dolo malo retinere intelligitur, qui sciens liberum hominem esse, quem retinet, invitum retinet, & sine caussa: sive autem servum putet, sive retineat volentem, sive invitum quidem, sed iustam caussam habeat retinendi, hoc interdicto non tenetur. Hæc definitio est, quæ multis verbis explicatur ab Ulpiano in *L. 3. §. hæc verba*, & deinceps usque ad *§. ait prætor, D. de liber. homin. exhib.* Datur autem omnibus liberum hominem exhiberi desiderantibus, humanitatis & libertatis alienæ tuendæ caussa, nisi suspecta persona sit, quæ desideret. Hoc idem quale sit, pluribus explicatur in *d. L. 3. §. hoc autem in-*
3 *terdictum, de liber. homin. exb.* Sed † non immerito hic quæretur, si homo liber non exhibeatur iussu iudicis: quæ hic possit esse condemnatio, cum non sit condemnatio, nisi in id, quod actoris interest; quid autem actoris interesse potest, si extraneis personis hoc interdictum datur? Et erit condemnatio in id, quod actoris interest, non quod ex veritate æstimetur, sed iureiurando actoris, ut iuret quanti sua interesse putet etiam ex affectu, aut quanti iniuriam illam æstimet quasi ad se pertinentem. Sic enim lis æstimatur in actionibus *ad exhibendum*, adversus eum, qui exhibere iussus, dolo, aut contumacia non exhibet, *L. 2. §. 1. in actionibus D. de in lit. iur.*

4 De liberis † exhibendis interdictum eodem pertinet, quo superius, nempe ut liberi nostri nobis exhibeantur: quo verbo in utroque interdicto significatur, ut extra secretum habeantur, *L. 3. §. ait prætor, D. eod de lib. hom. exhib.* Sed præterquam, quod de liberis nostris, qui in potestate nostra sunt, hoc interdicto agitur, distat etiam hoc interdictum a superiore duabus hisce in rebus. Primum non cuivis desideranti datur, ut superius, sed patri duntaxat, qui filium in potestate habet. *d. L. 1. D. de lib. exb.* Idque ob hanc caussam, quod interdictum hoc datur patri, ut filium exhibitum ducere liceat, *L. 3. §. 1. D. de lib. exb.* Nulli autem ducendi ius est, nisi patri, qui filium habet in potestate. Deinde datur hoc interdictum, non ut superius, adversus eum qui dolo malo filium retinet, & nullam retinendi caussam habet; sed adversus omnem qui filium apud se habet, sive caussam retinendi habeat, sive nullam. Hoc potestati patris tribuitur, *L. 1. §. in hoc interdicto, D. de lib. exb.* Sunt tamen, qui hoc interdicto non tenentur, ut maritus interdum, *L. 3. §. pen. D. de lib. exb.* ut maritus conventus de uxore sua exhibenda. *L. 1. §. ult. L. 2. D. eod.* Interdum etiam obstat patri rei iudicatæ exceptio, si iudicatum sit, filium non esse in eius potestate, *d. L. 1. §. pen.* De hoc interdicto accipienda est *L. 2. h. t.* Li-
5 cet † in hoc genere adiicere tertium interdictum de uxore exhibenda, quod marito datur adversus omnem qui uxorem eius retinet, etiam adversus patrem uxoris, de quo in *L. 2. D. de lib. exb.* Ac de hoc interdicto accipienda est. *L. ult. h. t.* in qua scriptum est, si de exhibenda filia Philippi patris agatur, etiam eum ipsum conveniri posse. Non adiicitur, a quo, aut quo interdicto. Sed ex iis, quæ supra dixi, facile est intellectu. Nam cum ipse pater conveniatur: perspicuum est hic non agi interdicto de liberis exhibendis, quo pater agit, non autem convenitur. Sed nec quemlibet actorem intelligemus, qui de hac filia exhibenda experiatur interdicto de libero homine exhibendo. Nam hoc edictum adversus patrem non competit. *L. 3. §. si tamen, D. de lib. homin. exhib.* Restat igitur, ut soli marito hic interdictum detur, quo desideret uxorem suam a socero sibi exhiberi, *iuxta d. L. 2. D. de lib. exhib.*

De liberis † hominibus ducendis duo 6
interdicta sunt, quorum unum propositum est patri de filio ducendo, quem in potestate habet: *L. 3. in princ. D. de lib. exb.* alterum marito de uxore ducenda, ut constat ex *d. L. 2.* de quo eadem dicenda sunt mutatis personis, quæ de interdicto *de liberis ducendis* dicemus. Datur autem interdictum *de liberis ducendis*, ut filium ducere liceat, idest, secum domum abducere, ut ibi habeat, aut ubi velit, & ea mandata, quæ velit, exigat pro imperio & potestate patris. Datur adversus eum, qui filium retinet quovis modo, ut illud quod est de liberis exhibendis; sed ita, si invitum apud se habeat. Nam si volentem, magis filius apud se esse intelligitur, quam apud eum, cum quo agitur. *L. ult. D. eod.* Adversus autem filium ipsum, qui negat se esse in potestate patris, interdum hoc interdictum datur: sed hac conditione solum, si is, quasi sui iuris esset, hereditatem adierit, aut quid aliud acquisierit, quod pater tanquam a filiofamilias quæsitum suum esse dicat, filius autem neget se esse in potestate patris, *L. penultim. D. de lib. exb.* Ad quam speciem referri debet *L. 1. h. t.*

Cæterum † si solum de potestate erit 7
controversia inter patrem & filium ipsum, hoc

hoc interdicto adversus filium non agitur, sed succedit notio prætoris, ut est in *L.* 3. §. *hoc autem interdictum*, *D. de lib. exhib.* Sed cur adversus filium ipsum hoc interdictum non datur, cum is non minus suæ potestatis controversiam faciat, quam extraneus quivis? Quia in omni actione, qua de re aliqua agitur, oportet rem distinctam esse ab eo, adversus quem agitur. Est enim omnis actio de re aliqua adversus aliquem, §. 1. *Instit. de act. L. actionum D. de obl. & act.* At si adversus filium, qui controversiam suæ potestatis faciat, agitur: idem erit & is, cum quo agitur, & res, de qua agitur, nempe quæ petitur ad deductionem. Quapropter in hanc speciem actio non cadit.

8 Et tamen † quia filius impune controversiam suæ potestatis facere non debet, in hac re imploratur officium prætoris, seu magistratus, qui ipse hac de re cognoscet & iudicabit. Hæc est illa, quæ hic notio prætoris appellatur. Sed cur hic magis notio prætoris dicitur, quam in interdicto, aut in actione alia? Non quod prætor in aliis actionibus cognoscere non potuerit, aut iudicare: nam qui ipse alium iudicem dare potest, & ipse iudicandi ius habet, de qua re alias. Sed quia ita cognoscere potuit prætor in cæteris actionibus, ut tamen non haberet necesse, sed iudicem dare posset. Et vero ita in more positum erat Romanis, ut prætor iudicem dare soleret, & iudicium. At hic, ubi notio prætoris appellatur, sic ipse cognoscere potuit: ut etiam debuerit, nec potuerit alium huius rei iudicem dare. Unde notio prætoris per excellentiam dicta, ut sit prætoris solius, non alterius cuiusquam, quem prætor iudicem dederit.

Ex his iam intelligitur, de iis liberis, seu filiis, qui in potestate patris non sunt, aut filii eius negantur, neque interdicta esse, neque cognitionem prætoriam, sed de his, si quid ab his, tanquam filiis exigamus, præiudicium redditur. Ex † quo 9
rursum intelligi potest, quæ sit sententia Ulpiani in *L.* 1. §. 1. *D. de rei vind.* ubi ita scribit: *Liberi nostri per hanc actionem non petuntur, sed petuntur aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria.* Præiudiciis petuntur, qui se filios nostros negant. Hoc enim cum fit, redditur adversus eos præiudicium, idest, præiudicialis actio; similis illi, quæ dicitur de partu cognoscendo in §. *præiudiciales*, *Instit. de act.* Est enim actio, qua id agitur, ut filius noster esse agnoscatur, sive actio, in qua quæritur, an quis filius noster sit, necne. Quæ ideo præiudicium vocatur, quia cum quis filius noster esse iudicatus est, hoc iudicio una eademque opera de aliis omnibus controversiis, quæ ex hac caussa pendent, iudicium factum iam ante videtur. Hæc autem inde pendent, ut filius noster nobis honorem exhibeat, obsequium præstet, nullam actionem, quæ turpitudinis significationem habet, adversus nos instituat, nos egentes alat, *L.* 2. *L. licet*, *& seqq. D. de obseq. paren. & pat. præst. L. si quis a liberis*, §. *si vel parens*, *D. de agnosc. liber.* Petuntur liberi interdictis ii, qui sunt in potestate nostra, si ab alio retineantur. Interdictis, dicimus, quia sunt plura. Unum *de liberis exhibendis:* alterum *de liberis ducendis*, re inter se, ut apparet maxime distincta. Quod si filius se ipse in potestate nostra esse negabit, neque ab alio detinebitur: hic notio prætoris locum habet, quam in superiore loco Ulpianus cognitionem prætoriam appellat.

AD TITU-

AD TITULUM IX.

COD. DE PRECARIO, ET SAL. INTERDICTO.

Ad L. 1.

Imp. Gordianus Ariftoni.

Si te non remittente pignus, debitor tuus ea quæ tibi obnoxia funt, venundedit: integrum tibi ius eft perfequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adverfus conductorem debitoremve competit) fed Serviana actione, vel quæ ad exemplum eius inftituitur, utilis adverfus emptorem exercenda eft. PP. VI. Idus Septembr. Pio & Pontiano Coff.

SUMMARIA.

1. *Salviani interdicti fumma.*
2. *De rebus coloni competere interdictum Salvianum: fi adhuc coloni funt, directum: fi alienata funt, utile.*
3. *Salvianum ad res obligatas alterius debitoris, quam coloni non pertinere.*
4. *Salvianum competere non de omnibus rebus obligatis coloni, fed de invectis & illatis in fundum.* L. 1. D. de Salvian. interd. *expofita.*
5. *Salvianum domino competere adverfus quemvis poffefforem de rebus coloni invectis.*
6. *Lectio* L. 1. C. de Salvian. int. *emendata.*
7. *Quorfum interdictum Salvianum, cum de iifdem rebus competat actio Serviana in rem.*

HOC refcriptum de Salviano interdi-
1 cto eft, † cuius interdicti hæc eft
fumma. Propofitum fuit Salvianum interdictum de rebus coloni in fundum conductum invectis & illatis, quas colonus domino fundi pignori futuras pepigit, propofitum de his rebus domino fundi adverfus quemvis earum rerum poffefforem. Hæc partim pofita funt in §. *interdictum quoque, Inftitut. de interd.* partim a Theophilo *ibidem* & fuis locis alibi confirmantur, ut indicabimus. Eft † hoc interdi-
2 ctum de rebus coloni. Proinde fi ex invectis & illatis rebus quid vendiderit & alienarit colonus: de eo hoc interdictum non competet fecundum verba, quia res coloni effe defierint. Hinc dubitatio huius *L.* 1. Et convenienter iis, quæ diximus, refpondetur, de rebus ita alienatis hoc interdictum non competere. Sed de directo hoc dictum interpretandum eft; cæterum utile dabitur *L.* 1. *in princip. D. eodem.* Neque enim colonus pignus alienando potuit conditionem creditoris facere deteriorem, *L. debitorem, infr.* de pig. *Coloni* dicimus, ut intelligatur †
3 de rebus alterius debitoris, quam coloni, & conductoris hoc interdictum non dari, quantumvis creditori pignori obligatæ fint. Quapropter quod in hac *L.* 1. fcriptum eft, *hoc interdictum adverfus conductorem, debitoremve competere*, oratio difiunctiva eft, quæ pro coniuncta accipi debet, ut fit fenfus: adverfus conductorem, qui & idem debitor fit; quoniam fi debitor effe defiiffet, pignus folutum effet. Id autem facimus ex ufu iuris recepto: ubi fententia ita exigente modo coniuncta pro difiunctis, modo difiuncta pro coniunctis accipimus, *L. fæpe, D. de verbor. fignif.* Eft † de invectis & illatis. Quod 4
prætermiffum apud Iuftinianum recte pofitum eft a Theophilo: & fatis colligitur ex *L.* 1. *in princip. D. eodem.* Ait enim Iulianus, fi ancilla a colono inducta fit in fundum conductum, deinde prægnans vendita apud emptorem pepererit, de hoc partu interdictum utile competere, fignificans non competere directum. Quod non alia ratione dici potuit, quam quod hoc interdictum fit de illatis & invectis in fundum: hic autem partus revera non fuerit in fundum invectus, aut illatus. Cur ergo utile etiam de hoc partu datur? Quia fi ancilla prægnans inducta fuit, quodammodo per eam etiam inductum videri poteft, quod utero eius continebatur. Et ideo bene monent, qui de hoc partu interdictum dant, fi ancilla faltem apud colonum conceperit *ex L. fi convenerit, §. fi fundus, D. de pign. act.* Hoc † inter- 5
dictum domino fundi datur, cui fcilicet

res

Digitized by Google

res pignori obligatæ sunt. Datur autem non adversus conductorem tantum, sed adversus quemvis possessorem, quod positum a Theophilo aperte probatur in *L.* 1. *§.* 1. *D. eodem*, ubi Iulianus nominatim dat hoc interdictum adversus extraneos, neque addit *interdictum utile*. Unde intelligimus illum & directum dare. Nam si utile intelligeret in hac specie, adiecisset, quemadmodum prius fecerat in ea specie, de qua proxime responderat. Tum autem, si hoc interdictum adversus conductorem tantum daretur, esset plane inutile, cum adversus conductorem abunde sufficiat pignoratitia actio contraria de quavis re pignori data, quantumvis aliena, *L.* 1. *in fin. L. si rem in princ. D. de pig. act.* Et tamen in hac *L.* 1. scriptum est, hoc interdictum tantummodo adversus conductorem, debitoremve compete-
6 re. Ego † puto recte dici posse locum esse corruptum, & ita legendum esse, *adversus conductoris rem, debitorisve competit*. Nam si adversus conductorem tantum competeret: non debuit hoc responderi de re coloni vendita, sed de re quavis coloni, quæ etiam nunc coloni esset, quæ ab extraneo possideretur. Nunc autem in hoc rescripto quæstio movebatur de re a colono alienata. Et quod dicitur, Salvianum interdictum adversus rem conductoris dari, non debet insolitum videri. Nam in actionibus in rem dicuntur res conveniri, non personæ, *L. Imperatores, D. de public.* Si quis lectionem vulgarem retinere vult, licebit de sententia recepta ita dicere, ut fateamur ex hoc loco interdictum Salvianum adversus conductorem tantum dari, nempe directum: adversus cæteros dari etiam illud quidem, ut est in *L.* 1. *D. eodem*, sed utile, tametsi nihil illic adiiciatur. Sed hoc, ut dixi, nimis durum est, ut sunt ea, quæ supra probavi.

Quæsitum est † quid de suprascriptis rebus opus fuerit introducere hoc interdictum, cum sit in promptu actio Serviana in rem, idque sine ulla dubitatione, *§. item Serviana, Instit. de act. & L.* 1. *in fin.* Recte hoc expediunt vulgo hoc modo. Constat in hypothecaria actione de pignore creditorem probare debere rem, quam persequitur, fuisse in bonis debitoris, cum pignori obligabatur, *L. & quæ nondum, §. quod dicitur, D. de pign.* Ex quo coniicere possumus, in hoc interdicto, in quo de possessione tantum momentaria agitur, non necesse esse creditori idem probare, sed hoc solum, res in fundum invectas & illatas, tanquam coloni essent. 7

Ad L. Ultim.

Impp. Diocletian, & Maximian. AA. & CC. Fabricio.

Habitantis precario heredes ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur. S. K. Decemb. Sirmii. AA. Coss.

S U M M A R I A.

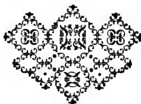
1. *Precarium quid, & quid distet a commodato.*
2. *Interdictum cur necessarium visum de precario.*
3. *Interdicto de precario solum teneri, qui acceptum habet, aut desiit dolo malo habere, in eo culpam non præstari.*
4. *Etiam de precario esse actionem præscriptis verbis, ex contractu. Unde contractus intelligatur, & cur cum hæc esset, comparatum sit interdictum.*

1 HOC rescriptum est de precario. Precarium † est, quod precibus roganti utendum datum est, nullo certo utendi constituto, neque fine, neque modo. Prius positum est in *L.* 1. *D. eod.* Posterius additum est propter commodatum. Nam & commodatum est, quod utendum datum est roganti, idque precarium cum commodato commune habet, *dict. L.* 1. *in fin.* Sed hoc distat alterum ab altero, quod commodatum tunc est, cum quid utendum datur certo utendi fine, aut modo præstituto. Exempli gratia: dedi tibi equum meum ad certum usque locum: dedi bovem, ut ruri opus tibi faceret in duos dies: dedi tignum utendum ad fulciendam insulam. In his omnibus commodatum est, *L. in commodato, §. sicut, D. com.* Hæc omnia si dedi tibi roganti utenda simpliciter, precarium est. Hac de caussa commodatum, quamvis beneficii sit: tamen intempestive repetere non licet, *d.* *L. in*

Digitized by Google

L. in commodato, §. *ficut*. Contra precarium licet repetere qoandocuoque libet; quia fcilicet oulla lex ufui dicta eft, *L.* 1. *D. eodem*.

2 Hioc † neceffaria vifa nova actio de precario: quam ad rem propofitum eft hoc interdictum. Propofitum autem ei, qui precarium dedit adverfus eum, qui accepit, ut reftituatur. Exftat in *L.* 2. *in pr.*
3 *D. eod. tit.* Sed obfervaodum † eft hoc ita dari adverfus eum, qui accepit, fi is precariom habet apud fe, aut dolo fecerit, quo minus haberet, quod ioterdicto expreffum eft. Ex quo intelligimus, cum, qui precariom accepit, fi precarium amiferit, noo teoeri, five cafu amiferit, five colpa fua, *L. quaefitum*, §. *eum quoque*, *D. eodem*. Quod co magis notandum eft; quia videtur contra regulas contractuum effe conftitutom: quibus efficitur, ut com accipientis tantum utilitas verfatur, ut in commodato, qui accipit, non tautum dolum, fed etiam omnem culpam fuam praeftet, *L. fi ut certo*. §. *nunc videndum*, *D. com.* Sed ut aliter receptum fit io precario, ratio expofita eft in *d. L. quaefitum*, §. *eum*. Non tantom aotem hoc interdictum datur adverfus eum, qui precario accepit; fed etiam adverfus heredes eius, ut declaratur in *d. L. quaefitum*, §. *ult.* Id vero eft, quod hoc refcripto continetur. De precario commodati actio non datur; quia iam oftendimus precarium commodatum non effe. Sed † nihilominus 4
& de precario actio praefcriptis verbis datur. *L.* 2. §. 1. *D. eod.* nempe ex contractu & conventionc. Nam praefcriptis verbis actionem ex contractibus iis effe conftat, quorum appellatiooes oullae proditae funt iure civili. *L.* 3. *D. de praef. ver.* Talis autem conventio & contractus in precario dando ioeft. Nam qoi dat utendum, ita dat, ut declaret fe dominium ooo transferre. Itaquc hac lcgc dat, ut cum is qui accipit, ufus erit, reddat; ufus autem finis fit, com daoti videbitur; quia & dominus manet, & aeqoom eft uoumquemque tamdiu liberalitate noftra uti, quamdiu velimus: quae ratio redditur & in *L.* 1. & in *L.* 2. *D. eod.* Cur igitur hoc ioterdictum datom eft, cum illa actio fufficeret? Quia haec cooventio in hoc contractu oon exprimitur; ut dubitari potuerit, nom ioeffet, ac propterea num praefcriptis verbis actio dari deberet. Ideo in hac incertitudine interdictum initio propofitum eft: poftea cooveoit actionem praefcriptis verbis effe, qoafi eodem modo negotium geratur, ut in commodato, oempe hoc do tibi utendum, ut reddas.



AD TITU-

AD TITULUM XIV.

COD. DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS.

SUMMARIA.

1. *Collocatio huius tractatus.*
2. *Pignus & hypotheca quid, & unde haec dicta.*
3. *Pignus quomodo constituatur.*
4. *Pignoris constituti vis in cautione: cautio quibus in rebus consistat.*

1 QUod de † pignoribus & hypothecis hoc loco tractatum est, factum ratione non caret. Apparet enim ex sequentibus titulis in hoc libro tractatum esse de iis in universum, quae ad obligationes omnes pertinent. Nam & de stipulatione ex professo hic actum est, & sub hac specie de obligationibus omnibus, quae solent in stipulationem deduci: actum praeterea de omnium obligationum solutionibus & liberationibus. Consentaneum erat, ut & eodem libro de iis ageretur, quae ad confirmandam quamque obligationem pertinerent, idest, de obligationum accessionibus, quod & factum est. Nam cum obligationum omnium firmandarum caussa duae accessiones essent, fideiussores, & pignora: utriusque generis tractatio in hunc librum est collata, agitur enim & postea de fideiussoribus. Sed prius hoc loco, & quidem ab initio de pignoribus, quoniam in his plus est cautionis. Subiiciunt enim pignora rem creditori. Plus autem cautionis in rem, quam in personam, *L. plus cautionis, D. de reg. iur.* Idcirco & de his recte actum priore loco, ut de accessione firmiore. Alia in parte in Pandectis hoc argumentum collocatum est, nempe post tractationem de contractibus in parte 4. Digestorum. Sed nihil refert, utrum post contractus & alias obligationes de pignoribus agatur; an ante, an in medio: dum hoc intelligatur, pignus omne obligationis praecedentis caussa dari, ut eo nomine creditori cautum sit. *§. ult. Instit. quib. mod. re contr. obl.* Quid sit pignus, & hypotheca: quid verbo, quid re in usu iuris alterum ab altero differat, scripsimus olim in methodo huius argumenti. Nunc ne quid desideretur, summam paucis complectar.

2 Et † definiuntur haec aliter, cum verbi significationem ex proprietate quaerimus, quae est ex notatione, unde & nomina ducta sunt: aliter, cum in his vim & effectum iuris spectamus, qui his verbis significatur. Proprietas & notatio verborum haec est. Pignus dictum est a pugno: ut hoc verbo significetur res quidem pro debito obligata; sed ita, si tradatur creditori, & praesertim si sit mobilis. Nam haec potissimum pugno capitur: hoc in *L. plebs, §. pignus, D. de verb. sig. L. si rem, §. proprie, D. de pig. act. L. item Serviana, in fi. Instit. de act.* Hypotheca autem verbum Graecum est, quod Latini retinuerunt, dictum παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι idest, subiicere, & supponere, ut hoc verbo significetur res pignori supposita: unde rem suppositam pignori pro obligata legimus in *L. creditor, sup. de pign. act. & alibi innumeris locis.* Obligatur autem res pignori nuda conventione etiam citra traditionem, *L. 4. D. eod.* Proinde hoc nomine etiam ea res significatur, quae sine traditione pignori obligatur. Sed cum ea, quae traditur pignori, multo etiam magis accedente traditione obligetur, & subiiciatur obligationi: dubium non est, quin hypothecae verbo res omnis significetur pro debito obligata, sive tradita sit creditori, sive non sit: ut appareat pignus ab hypotheca hoc differre, quod differt species a genere. Hypotheca genus est, rem omnem obligatam continens, sive quae tradita est, sive quae non est tradita. Pignus speciei nomen ad eam rem pertinens, quae creditori pro debito opponitur, & traditur. Sed quod in aliis verbis generalibus accidit, idem accidit in verbo hypothecae. Ut enim adoptionis verbum, quamvis generale, tamen docendi caussa usurpatur pro ea specie adoptionis, quae fit per magistratum, *L. 1. D. de adopt.* idemque fit in verbo cognationis. *L. Iurisconsultus, §. 1. D. de grad. & affin.* in verbo, *actionis, L. pronuntiatio, §. ult. D. de verb. signific.* sic fit in verbo hypothecae, ut cum pignori opponitur, intelligatur species altera pignori contraria, idest, res obligata, cuius possessio tradita non est creditori. Idque est, quod de

de proprietate horum verborum in hanc sententiam dicitur in dicta *L. si rem, §. proprie, D. de pign. action. & in dicto §. item Serviana. in fin.* Sed hæc, inquam, ita sunt, cum significationem verborum & notationem spectamus. Aliud dicemus, cum spectamus rem ipsam, idest, vim & effectum pignoris. Vis & effectus pignoris, seu hypothecæ hic est, ut res, quæ pignori opponitur, sit pignori obligata. Porro in iure ut res pignori obligetur nihil interest, utrum tradatur, an non tradatur: dummodo convenerit, ut sit pro debito obligata, dicto §. *item Serviana*. Ita huius potestatis & effectus habita ratione, inter pignus & hypothecam nihil interest. Nam si res tradita est, & proprie pignus est, & proprie hypotheca: quia semper genus dicitur de sua specie. Sin res tradita non est, hypotheca proprie dicitur, & effectu etiam dicitur pignus, quia iuris potestate pro tradita habetur: tam enim obligata est, quam si maxime esset tradita. Huc referri debet, quod de contrahendo pignore dicitur in *L. 1. in pr. D. de pig. act.* pignus contrahi non solum traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum sit. De hac vi & effectu pignoris disserebat Martianus in *L. 5. §. pen. D. eod.* Est enim locus ad formulam hypothecariam, idest, ad actionem hypothecariam. Idcirco recte scripsit in eo tractatu: inter pignus & hypothecam nihil nisi nominis sonum distare. Ut sit sententia, si qua differentia est, eam esse in verbis, & verborum significatione: in re, sive in effectu rei non esse; quia ad rem obligandam pro debito nihil intersit, utrum res tradatur, an non tradatur. Hoc constituto, quoniam de re quærimus, non de verbis, pignus, seu hypothecam ita recte definiemus, ut sit res omnis pro debito obligata: quod colligitur ex *L. 4. & L. 5. D. eod.* Non dixi rem esse, de qua convenit, ut esset pro debito obligata, quod factum est in §. *item Serviana, Inst. de act.* Nam Iustinianus de specie pignoris id dixit, nempe de pignore conventionali: quia ad demonstrandum, quod volebat, id sufficiebat: cæterum non sola conventione pignus constituitur.

Dum effectum sit, pignus rem esse pro debito obligatam: hoc quærendum est, quomodo obligetur, ut sic intelligamus vere pignus esse, quod tanquam pignus persequi volumus.

3 Pignus † omne aut iure ipso constituitur, aut alieno facto. Iure, cum in bonis debitoris lex creditori pignus tribuit: quod quibus in caussis fiat, dicetur *seq. tit.* Alieno facto pignus constituitur, si is constituit, qui ius constituendi habet, & constituit, uti oportet. Constituendi ius habent duo: Ex iis, qui rei domini non sunt, solus magistratus: ex dominis hi omnes, quibus rerum suarum alienatio non est interdicta. A magistratu constituitur id, quod prætorium appellamus. Quod quibus in caussis magistratus constituere possit, & quomodo constituatur, dicetur ad Tit. *de præt. pig. & tit. seq. infr.* De hoc autem est in *L. non est mirum. D. de pig. act.* A domino pignus constituitur nuda voluntate, ut quisque voluerit rem suam pignori esse creditori sive suo, sive alieno. Constituitur autem ista voluntate partim testamento, partim conventione. Testamento recte constitui pignus discimus ex *d. L. non est mirum, D. de pig. act.* Conventione autem præcipue constituitur: in qua hoc notandum est, nuda conventione pignus contrahi citra traditionem, *L. 4. D. eod. L. 1. in pr. D. de pig. act.* Rursum conventione contrahitur dupliciter: partim conventione tacita, partim expressa. Tacita, ut invectis & illatis in prædium urbanum conductum: de qua specie cognoscemus proximo titulo. Expressa conventio quæ sit, notum est.

Pignoris † constituti hæc vis est, ut pi- 4
gnore pro debito cautum sit creditori, ut initio diximus. Hæc cautio tribus in rebus consistit. Primum ut rem penes se habere liceat creditori, & pignori incumbere. Quam ad rem obtinendam illi proposita est de pignore in rem actio adversus omnem pignoris possessorem, *L. pignoris, infr. h. t.* Proximum est, ut dum rem penes se habebit, ea utatur fruatur, ut bono patrifamilias convenit. Quod non tantum pro iure suo facere potest, sed etiam facere iubetur ex fide bona, ut & res colatur, & fructus percepti exonerent debitum, atque ita utrique caveatur, & debitori, & creditori, *L. 2. & L. 1. sup. de pig. act.* quamquam hoc magis in obligatione personali quæ inter debitorem & creditorem intercedit, quam in iure pignoris numerandum est. Tertium est, ut si creditori videatur non esse exspectandum diutius, sed suum consequi velit, liceat ei primo quoque tempore pignus distrahere, ex cuius pretio illi satisfiat: de quo sub Tit. *de distr. pig. infr.*

Ad L. Debitor. 1.

Impp. Severus & Anton. AA. Timotheo.

Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur. PP. V. Kal. Mart. Severo, A. II. & Albino Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Debitorem non liberari cessione pignoris invito creditore, & quare.*

DEbitor cessione pignoris invito creditore liberari non potest. Ductum ex regulis iuris, quæ sunt de solutione & liberatione debitorum. Unusquisque invito creditore ita liberatur, si solvat, quod debetur: quo pertinet illud, solutione eius, quod debetur, tolli omnem obligationem. *Inst. quib. mo. tol. obl in pr.* Cæterum neque minus, quam debetur, neque aliud pro alio invito creditore solvi potest, *L.* 2. §. 1. *D. si cert. pet.* Porro certum est, cum pignus pro debito ceditur, vel minus solvi, si pignus non tanti valeat, quantum debitum est: vel si tanti valet, aut pluris; tamen aliud solvi, quam debetur. Ex quo efficitur, ea cessione debitorem liberari non posse. Hoc cum in cæteris rebus, quæ solvuntur, recte dicatur: tunc vero in pignore quod ceditur, præcipue locum habet. Pugnat enim cum fine & natura pignoris, ut debitor ea cessione liberetur in necem creditoris. Iam enim dixi pignus dari, ut creditori magis caveatur: cui adversatur, ut creditori noceat.

Ad L. Quamvis. 2.

Iidem AA. Lucio.

Quamvis constet specialiter quædam & universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, & æquale ius in omnibus habere: iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his quæ nominatim pignori obligata sunt, universum redigere debitum: ea quæ postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri præses provinciæ iubebit. PP. II. Kalend. Iul. Chilone & Libone Coss.

S U M M A R I A.

1. *Qui bona generaliter pignori accepit, habet prærogativam pignoris, adversus specialem posteriorem hypothecam.*
2. *Specialiter quibusdam rebus pignori obligatis, deinde generaliter omnibus bonis, non perveniri ad alia bona adversus posteriores creditores, quamdiu specialis hypotheca sufficit: & cur. & num.* 4.
3. *Species & sententia huius rescripti.*
4. Iurisdictionem temperandam, *hic quid sit.*

1 QUi generaliter † bona debitoris pignori accepit, potior est eo, cui ex his bonis nonnulla specialiter postea pignori data sunt; quanvis ex cæteris pecuniam sibi debitam redigere possit: sententia est Papiniani in *L.* 2. *D. qui pot. in pign. hab.* Propone hoc modo: Primo creditori bona debitoris generaliter obligata sunt: Secundo obligatus est fundus Tusculanus specialiter, qui fundus erat ex bonis debitoris. Dicimus ius esse Primo creditori hunc ipsum fundum persequi adversus Secundum creditorem; nec illi quidquam obstare, si in reliquis bonis, quæ Secundo non sunt obligata, satis fit, unde Primo satisfiat. Sententia vera, & regulis iuris conveniens. Nam quoties duobus eadem res pignori obligata est diversis temporibus; qui tempore prior est, potior est iure in pignore persequendo, *L.* 2.

& *L. 3. infr. qui pot. in pig. hab.* Porro in proposito fundus Tusculanus Secundo obligatus, iam ante Primo obligatus fuit, cum generaliter omnia bona debitoris illi pignori data sunt. Nam generali oratione compendio sermonis omnes species tam continentur, quam si specialiter expressæ essent, *L. si servitus, D. de ser. urb. præd. L. Mevias, §. duorum, D. de leg. 2. L. semper specialia generalib. D. de reg. iur.* Sic fit regulæ superiori convenienter, ut Primus creditor in hoc fundo Tusculano potior sit Secundo creditore. Sed & *d. L. 2.* & hoc rescripto docemur, eam sententiam sic accipiendam esse: si omnia bona debitoris generaliter obligata sint Primo creditori sine exceptione & enumeratione cuiusquam rei, quæ sit ex illis bonis.

2 Placet † diversum esse, si Primo creditori quædam specialiter obligata sint, deinde generaliter omnia bona debitoris. Nam primum si generaliter omnia reliqua bona obligata sint, sub hac conditione, si pecunia ex rebus specialiter obligatis servari non possit; res dubitationem non habet, quin ex verbis ipsis conventionis Primus creditor prius persequi & excutere debeat res sibi specialiter obligatas; quoniam reliqua bona non sunt illi obligata, si ex rebus specialiter obligatis suum consequi possit. Quo fit, ut si possit consequi, posterior creditor in aliis rebus sibi specialiter obligatis non tam sit potior contra regulam iuris, quam solus creditor; cum priori eadem obligata non sint. Hæc est illa species, de qua Papinianus in istam sententiam respondet in *ead. L. 2. D. qui pot. in pig. hab.* Sed etsi prius creditori quædam res specialiter pignori obligatæ sint, deinde generaliter reliqua omnia bona, quamvis sine ulla conditione; tamen idem placet, quod supra, Primum creditorem prius persequi & excutere debere res sibi specialiter obligatas, quam perveniat ad ea, quæ ex reliquis bonis Secundo creditori obligata sunt.

Quæ † species est, & exceptio huius rescripti. Finge hoc modo: Primo sic pignus datum est; ædes illæ meæ, & generaliter omnia mea bona tibi sunt obligata pignori: Secundo creditori postea fundus Tusculanus, qui ex iis bonis reliquus erat, obligatus est. Placet Primum creditorem non posse fundum Tusculanum persequi a Secundo creditore, nisi prius constiterit eum ex ædibus sibi specialiter obligatis pecuniam sibi debitam redigere non posse. Obstabat huic sententiæ regula superior, quæ efficit, ut in fundo duobus obligato potior sit iure, qui tempore prior est. Nam hic quidem fundus Primo creditori prius est obligatus: sunt enim illi omnia bona debitoris obligata, & ita in omnibus æquale ius habet, ut rescriptum loquitur. Respondent imperatores hoc ita esse, ubi generaliter omnia bona debitoris creditori Primo obligata sunt. Sed † in hac specie iurisdictionem esse temperandam, id est, ius illud quod supra posuimus de generali obligatione, esse temperandum, & secundum hoc temperamentum præsidem ius dicere debere. Sed cur in hac specie temperandum ius est, quod rescriptum non exprimit? Nempe quia secundum verba Primo creditori omnia bona debitoris obligata sunt, & ideo fundus Tusculanus, de quo quæritur: sed secundum sententiam contrahentium non sunt: quæ sententia hinc colligitur: Non enim frustra Primo creditori specialiter obligatæ sunt ædes, cum satis generali hypotheca continerentur. Et satis declaratur in *L. 4. D. de usur.* cum verba plura de eadem re geminantur, sic geminari videri, ut geminatio aliquam vim habeat. Quod & hic fieri existimandum est. Nunc autem hypothecæ specialiter expressæ alius usus esse non potest, nisi ut creditor prius eam persequatur, & si sufficit, sit contentus, si non sufficit, tum ad reliqua bona perveniat. 3 4

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Creditores. 3.

Iidem AA. Maximo.

Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent. PP. Kal. Maii Antonino A. II. & Geta II. Coss.

SUMMARIA.

1. *Creditorem pignoris possessionem adipisci solum debere auctoritate magistratus competentibus actionibus.*
2. *Pignoris possessionem qui ingreditur sua auctoritate, eum ius crediti amittere.*
3. Legem conventionis exercere, *quid.*
4. *Eum, qui quamvis ex conventione possessionem pignoris sua auctoritate & vi ingreditur, teneri legibus Iuliis de vi.*
5. Debere *verbum quam per se, atque hoc loco significationem habeat.*
6. *Creditorem pignoris possessionem non aliter ingredi debere, quam auctoritate magistratus, etsi convenerit, ut possit sua auctoritate ingredi: & adversus eum, qui contra faciat, quæ sit pœna.*
7. *Pactionem, ut creditori liceat sua auctoritate pignoris possessionem ingredi: creditori re alienata adversus extraneum possessorem nihil prodesse.*

Pignore constituto, creditori ius est pignus tenere, eique incumbere. *L. cum creditor, 55. D. de fur.* Hoc si consequitur creditor volente debitore, res caret dubitatione. Si † recusat debitor tradere, placet hoc loco creditorem sua auctoritate possessionem adipisci non debere, sed tantum auctoritate magistratus. Merito: nam nec mulier ipsa, quæ rem suam doti dedit, facultatem habet soluto matrimonio ingrediendi possessionem rei dotalis, id est suæ, sine auctoritate magistratus. *L. dotis, sup. sol. mat.* Plus autem iuris habet dominus in re sua, quam creditor in pignore. Magistratus auctoritate possessionem adipiscitur creditor, actionibus suis experiundo, ut fieri iubetur in *L. exstat, D. quod met. caus.* Est autem creditori ad pignus persequendum hypothecaria actio. Hac igitur adversus debitorem, qui pignus non tradat, experietur.

2 Si † contra creditor auctoritate sua possessionem ingreditur, pœna hæc est, ut vim facere existimetur, & simul crediti ius amittat ex decreto D. Marci, *d. L. exstat, D. quod met. cau.* Non advertatur huic sententiæ, quod in *d. L. cum creditor, D. de fur.* dicitur, si creditor rem sibi pignoratam auferat, eum contrectare, idest, furtum facere, non videri. Sane enim furtum non facit, quia dolo malo non contrectat rem ad ius suum pertinentem, sed nihilominus vim facit. Itaque hac pœna tenetur, ut crediti ius amittat: non tenetur pœna furti, ut duplum præstet, aut quadruplum. Hæc minorem dubitationem habent, si in pignore dando non convenerit, ut creditori sua auctoritate liceret possessionem ingredi; ius diserte cautum in *L. pen. sup. de pig. act.* ubi ita scriptum est, *creditorem citra conventionem, aut præsidis iussionem suo arbitrio pignus auferre non posse.* At illud iuste dubitari potuit, quæ huius loci quæstio propria est, num idem dicendum sit, si convenerit, ut creditori liceret possessionem ingredi sua auctoritate, & is conventionis legem exerceat, sic enim rescriptum loquitur. Dicitur † autem creditor possessionem ingressus legem conventionis exercere: ubi convenit, ut illi liceret possessionem ingredi, & ea lege seu conventione utitur; vel potestatem ea conventione sibi tributam exercet, ut licet intelligere ex his locis, *L. si priusquam, inf. de distr. pig. L. 3. L. 4. §. eleganter, L. 6. in fin. D. de leg. commiss.* Et de ea re ita huius rescripti sententia est: eos creditores, qui ex conventione possessionem pignoris ingrediantur, hoc differre ab iis, qui sine conventione idem faciunt: quod priores quidem non videantur vim facere, ut posteriores faciunt: quod eo pertinet, ut intelligatur eos non incidere in decretum D. Marci, & ius crediti non amittere; sed omnes in hoc convenire, quod etiam priores conventione superiore non adiuventur, quominus præsidis auctoritate possessionem adipisci debeant. In quo continentur tres sen-

sententiæ, quarum unaquæque cum suam dubitationem habeat, ideo & separatim nobis expendenda est. Prima est, creditores, qui ex conventione possessionem pignoris ingrediantur sua auctoritate, vim facere non videri. Hoc tunc liquido dicitur, cum creditores volentibus debitoribus possessionem occupant sine alia vi.
4 At † quid, si repugnante debitore idem faciant, ut scilicet debitorem expellant, eoque vi expulso pignus possideant? Puto recte videri Azoni, recte Bartolo, eos creditores qui id faciant, aperte vim facere, & teneri legibus Iuliis de vi aut publica, aut privata, prout vis armata, aut sine armis facta erit. Quod mihi plane probari videtur *L. in possessionem infr. ad L. Iul. de vi* ubi ita scriptum est: *si creditor possessionem fundi per vim ingrediatur, eum legis Iuliæ de vi privata reum fieri posse*. Nihil in lege distinguitur. Ex quo colligi potest nihil referre, utrum creditor rem sibi non obligatam occupet, an sibi obligatam; & utrum ex conventione possessionem ingrediatur, an sine conventione. Et vero creditori nihil prodesse istam conventionem ad defensionem vis illatæ, hoc argumento certissimo efficitur. Nam etsi nominatim convenisset, ut creditori liceret pignus vi occupare, conventio non esset servanda. Est enim vis omnis in privatis contra bonos mores. *L. 3. D. quod met. cau. L. nihil consensui, D. de regul. iur.* Ut nihil aliud: certe vim facere delictum est, & quidem inter alia maxime animadvertendum; alioqui legibus publicorum iudiciorum non coerceretur. Nulla porro pactio valet, quæ fit contra bonos mores, nulla, quæ ad amovendum quid, aut aliter delinquendum invitat. *L. 5. D. de pact. dot. L. pacta, quæ contra, sup. de pact.* Non adversatur hoc rescriptum: nam hactenus dicuntur creditores hoc rescripto vim non facere, si duntaxat sua auctoritate possessionem ingrediantur, cum id a debitore nominatim non impetrassent; non etiam si vim corpori debitoris intulerint. Non me movent rationes Ioannis, quibus ille apud Accursium in contrariam sententiam utitur: puta, quod ab initio cum debitore placuit, id & invito eo fieri posse. §. 1. *Instit. quib. al. lic. vel non. L. de accessionib. in fin. D. de diver. tem. præsc.* Item dominum pati iniuriam non videri, qui semel voluit. *L. in diem. D. de acqu. & aq. plu. arc.* Nam prius recte dicitur de eo, quod iure placuit. Sane vero quod ita placuit, postea revocari non potest. At in conventionibus iniustis hoc evenit, ut non mutatione voluntatis debitorum rescindantur, sed sua sponte ab initio nullius sint momenti. Quod autem dicitur, invitum iniuriam non pati, qui semel voluit: hactenus verum est, si proponatur res tantum gesta esse invito eo, qui voluit, ut fit in dicta *L. in diem*. Non idem dicendum est, si vis ei inferatur, quam bonæ leges omnes, ut bonis moribus, & publicæ utilitati inimicam aversantur. *L. nihil consensui, D. de reg. iur. L. extat, D. quod met. cau. L. si quis in tantam. L. pen. & ult. sup. unde vi*. Indicant & leges Iuliæ de vi publica & privata.

Secunda sententia est, quæ hoc rescripto non exprimitur quidem, sed per contrarium satis significatur: creditores, qui sine conventione possessionem pignoris sua auctoritate ingrediuntur, vim facere videri. De hac sententia satis initio supra dictum est.

Tertia sententia est præcipue animadvertenda, eos creditores, qui ingrediuntur possessionem sua auctoritate, quamvis ex conventione id faciant, tamen id solum præsidis auctoritate facere debere. Quæ sententia incidit in difficultatem ex principio rescripti: ubi cavetur creditores ex conventione possessionem ingressos vim facere non videri: sequitur enim, videri eos impune id facere. Quod si verum est: non debent, ut rescriptum loquitur, idest, non necesse habent, possessionem ex magistratus auctoritate ingredi. Quod ut dissolverent interpretes nostri, varia commenti sunt. Alii † sic interpretantur, *debent*, idest, *possunt*. Non enim habent necesse. Quod perinde est, ac si diceretur: 5
debent, si volunt, idest, *non debent*. Et inepti sunt, qui nobis persuadere conantur, *debet*, interdum idem significare, quod *potest*. Nam verbum *debet* naturalem intellectum habet etiam idiotis notum, ut is debere dicatur, qui invitus debet, quique invitus facere cogitur, quod debet, ut liquet *ex L. 1. in pr. de eden. L. 1. D. quod quis. iur. in al. stat. L. debitor, D. de ver. sig.* Nec quidquam pro istis ad rem facit *L. observare, §. ult. D. de offic. procon.* Ait Ulpianus, *proconsul ingressus provinciam iurisdictionem suam mandare debet*. Scimus esse in potestate proconsulis, utrum iurisdictionem suam mandet, an non mandet. *L. solent, §. sicut, D. illo tit.* Ex quo effici putant in superiore sententia Ulpiani, verbum *debet* necessario pro *potest* accipiendum esse. Sed fallit eos, quod non animadverterunt Ulpianum in superiore loco non pronuntiare de iurisdictione mandanda simpli-

pliciter, sed de tempore mandandæ iurisdictionis. Sine dubio proconsul non debet, ideft non necesse habet iurisdictionem suam mandare, sed si vult mandare, debet tantum mandare ingressus provinciam; ante vero mandare non potest. Quod sentire Ulpianum in eo loco evidenter ratio ab illo subiecta declarat. Ait enim absurdum esse, ut proconsul mandet iurisdictionem, priusquam ipse iurisdictionem nactus sit. Non nanciscitur autem prius, quam sit ingressus provinciam. Præterea illud quod scribitur in *d. L. solent*, §. *sicut*, proconsulem non debere adimere iurisdictionem legato suo, inconsulto principe, etiam necessitatem habet eam, quam diximus: ut scilicet si proconsul aliter iurisdictionem adimat, non videatur adempta. Nec obstat, quod prius illic dicitur liberum esse proconsuli adimere iurisdictionem suam legato. Nam hoc continenter temperatur hac conditione, dummodo consulto principe id fiat. Alii interpretantur hoc modo, creditores debent, nempe ex urbanitate. Quod perinde est, ac si diceretur, debent, si urbani esse volunt. Id autem significat, non *debent*. Nam pro non dicto est, quod quis facere, nisi velit, non cogitur. *L. sub hac*, *D. de obl. & act.* Alii, ut Bartolus, rem sic explicant: si convenerit, ut creditori possessionem sua auctoritate ingredi liceret. Sane illi ingredi licebit; sed possessionem ei adipisci non licebit: quasi aliud sit ingredi possessionem, aliud adipisci. Quod aperte refellitur *L. 3. in pr. D. de acq. poss.* ubi traditur unumquemque possessionem adipisci ingrediendo fundum hac mente, ut teneat. Sed nihil his
6 defensionibus est opus. Tenebimus † nullum creditorem sine auctoritate præsidis, adipisci posse pignoris possessionem, sive convenerit, ut ei facere liceret, sive non convenerit. Neque initium huius rescripti repugnabit. Nam qui negat creditorem sua auctoritate ingressum possessionem nna pœna teneri, is non negat eum in aliam pœnam incidere. Creditores sua auctoritate possessionem ingredientes ex conventione vim non faciunt. Et ideo hac pœna non tenentur, quasi vim fecissent. Sed nihilominus præsidis auctoritate possessionem adipisci debent: ut si contra faciunt, iniuste faciant, nec sit impune, ut accidit in iis omnibus quæ contra legem fiunt *L. 1. D. de legib.* Quæremus igitur iam, quæ sit pœna adversus eos creditores. Et quod traditum est de emptore, & similibus qui a domino possessionem accipere debent, & nihilominus eam sua auctoritate adipiscuntur: id recte transferetur ad creditorem, qui sua auctoritate possessionem nanciscitur. Emptor sua auctoritate sine voluntate domini possessionem adeptus, iniuste & mala fide possidet. *L. si ex stipulatione*. *L. fundi*. *D. de acq. poss.* Idem igitur & de creditoribus in simili caussa dicendum est. Hinc consequens est, si creditor sua auctoritate pignoris possessionem ingressus erit, posse debitorem pignoris possessionem auferre interdicto. *Uti possidetis*. In quo vincetur creditor, qui aut vi, aut clam possidet. Consequens & illud, creditorem fructus rei pignoratæ suos non facere, non magis, quam faciunt cæteri malæ fidei possessores, §. *si quis a non domino*, *Inst. de rer. divis* Consequens præterea, creditorem pignus alienantem dominium non transferre; quia iniusta possessio apud eum fuerit, quæ pro possessione non habetur. Postremo & illud consequens erit, si creditor pignus vendat, & debitor denuntiet emptori, ne emat, emptorem mala fide possidere, *arg. in L. si fundum*, *sup. de rei vind.* Et in summa recte ita dicemus: ubi convenit, ut creditori pignoris possessionem sua auctoritate ingredi liceret, hæc conventio id præstat creditori possessionem sua auctoritate adipiscenti, ut ipse nihil amittat: non enim ius crediti amittit, quasi vim fecerit; sed non ei hoc præstat, ut quidquam acquirat sine præsidis auctoritate. Non enim acquiret possessionem, nisi iniustam. iniusta possessio pro possessione non est. *L. si quis vi*, *in pr. D. de acq. poss.* Sed video adversus hanc sententiam hoc dici posse; satis videri creditorem adipisci possessionem ex voluntate debitoris, postquam debitor id ab initio voluit. Quod si ex voluntate eius: etiam iuste, *d. L. si ex stipulatione*, *de acq. poss.* Sed ut voluntate debitoris videatur quæsita possessio, non est satis, voluisse eum initio, nisi in ea voluntate perseveret. Nam in re tradenda, & possessione iuste acquirenda non præteritam voluntatem domini quærimus, sed præsentem. *L. fundi*, *D. de acq. poss.* At etiam hic nobis occurretur; nam cum debitor quid ex conventione voluit, placet eum non posse eam voluntatem revocare. *L. vero 12. L. antepen. D. de solut.* Sed hoc in iis locum habet, quæ iustis conventione placuerunt, quæque ideo inde iure quæsita sunt creditori. Sane enim recte illi semel quæsita debitor invito auferre non potest. *l. ult. D. de pact. d. L. vero*, *12. de solut.* Ad iniustas autem conventiones, & ad ea, quæ creditori quæ-

quæsita non sunt, non pertinet. Nam & iniusta conventio pro non interposita est, *L. non dubium, sup. de legib.* & quod alicui quæsitum non est, id illi adimi dici non potest. Iam eum convenit, ut creditori sua auctoritate possessionem ingredi liceret: hactenus iusta est conventio, quatenus id agitur, ut ille sua auctoritate ingrediatur sine vi possessionem. Quare & hactenus ius ingrediendi illi quæritur: quod semel quæsitum nulla voluntatis debitoris mutatio illi adimet. Ut autem prohibente debitore ingrediatur, id est, debitore prius vi deiecto, hactenus conventio contra ius est, & bonos mores: ex qua propterea nulla eiusmodi potestas creditori quæri potuit, nec potest videri illi adimi, quæ quæsita non fuit.

7 Quæsitum † est, si suprascripta conventione interposita debitor pignus alienarit; an possit creditor eius pignoris possessionem sua auctoritate ingredi, ut vim facere non videatur, perinde ac si nunc quoque pignus a debitore possideret. Respondeo non posse; nec illum adiuvari superiore conventione; quia pacta inter alios facta aliis non nocent. *L. si unus, §. ante omnia, D. de pact.* Nec offendemur eo, quod manus iniectione pacto recepta in mancipium venditum, placet hanc servari suis conditionibus adversus quoscunque possessores, etiam cum quibus venditor nihil contraxit. *L. pen. D. de ser. expor. L. si quis sub hoc pacto, D. de cont. empt. & vend.* Nam potestas iniiciendæ manus in rem aliquam a solo domino retinetur, & retinetur in servos, quos ipse tradit certa conditione, ut si ea conditio non servetur, sibi liceat in servum manum iniicere. Et conventio ideo recepta est, ut dominis in servos sua auctoritas constaret, quæ neque in creditorem, neque in res pignori obligatas cadunt.

Ad L. Cum te. 4.

Iidem AA. Bellio.

Cum te pecuniam accepisse, & agros tuos obligasse fatearis: non habes rationem, quod quereris vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solve creditori tuo pecuniam debitam. Dat. III. Kal. Iun. Antonino A. III. & Geta III. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Non dici vi coactum pignori dare, qui necessitate rei familiaris coactus est pecuniam accipere, & pro ea pignus dare.*

Quæritur hoc loco, cur debitor, qui dicit se pecuniam accepisse, & pignus dedisse, non iuste quæratur se vi coactum pignori dare. An quod debitor impune vi cogi potest, ut det pignus? Minime vero: qualiscunque enim & cuiuscunque rei traditio, aut obligatio vi extorta rata non habetur, *L. metum*, 9. *§. idem, §. sed quod, D. quod met. cau.* Quid, quod ne solutionem quidem rei ante debitæ vi extorquere concessum est? *L. sed & partus, §. ult. D. quod met. caus.* Sed intelligendum est, proponi hoc loco eum debitorem, qui non simpliciter diceret se vi coactum esse; sed ideo, quia necesse habuerit dare, si vellet accipere pecuniam, quam creditor alia conditione non daret. Et † respondetur nullum illi 1
in eo necessitatis argumentum esse: cum ipse profiteatur se pecuniam accepisse, quam non accipere ei integrum fuit, ac propterea etiam pignus non dare. Quod si pecuniam accipere voluit, debuit uti lege creditoris: cum liceat unicuique in traditione rei suæ quanvis legem dicere. *L. in traditionibus, D. de pact.* Nec multum creditori proderit, si dicat se necessitate rei familiaris coactum, ut pecuniam mutuam acciperet. Nam hæc necessitas a nemine mortalium ei infertur; sed aut proficiscitur a culpa eius, aut divina voluntate: quam ipse æquo animo ferre debet, non ad alienam iniuriam transferre.

Ad L.

Ad L. Præses. 5.

Imp. Antoninus A. Domitio.

Præses provinciæ vir clarissimus ius pignoris tui exsequentem te audiet; nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut (ut dicis) non caussa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit. PP. Idib. Maiis Romæ, Duobus & Aspris Coss.

SUMMARIA.

1. *Sententia adversus debitorem lata de pignore, quibus casibus creditori in eo pignore noceat.*
2. *Collusio quid, & quibus rebus arguatur.*
3. *Quæ præscriptio ex persona debitoris noceat creditori in pignore.*

Una res creditorem pignus persequentem sine controversia summovet, si non probet rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum ille pignus dabat. *L. & quæ nondum §. quod dicitur, D. eod. tit.* Multo ergo magis, si possessor ultro probet rem in bonis debitoris non fuisse. Hinc quæstio: quid si contra debitorem iudicatum sit, quasi res in bonis eius non esset? Finge debitorem rem, quam pignori obligavit, aliquando petiisse a possessore, & in eo iudicio, cum non probaret rem esse in bonis suis, superatum esse. Quæritur, an quemadmodum ea sententia debitori eandem rem postea ab eodem possessore persequenti noceret, sic & creditori nocere debeat: ut quemadmodum exceptio auctori nocet, sic noceat & successori: quod & faciendum esse traditur in *L. 4. §. si quis autem in fin. D. de dol mal. & met. except.*

1 Hoc † rescripto traditur, duobus casibus eam sententiam creditori non nocere. Quod ita accipi potest, quasi in omnibus aliis casibus noceat. Quod cum aliter se habeat: ne illo modo accipiatur; tum ut quod hic locus dat, intelligatur: recte fiet, si quibus in caussis hæc sententia creditori in universum noceat, aut non noceat, breviter dicamus. Et in eo hæc distinctio tenenda est. Interest, utrum debitor de re victus sit, priusquam pignus daret, an vero tunc, cum iam rem pignori dedisset. Si ante: sententia adversus debitorem dicta creditori oberit; quia non potuit debitor plus iuris transferre in creditorem quam habuit. *L. si superatus, §. ult. D. eod. L. si mater, §. ult. D. de except. rei iudic.* Si pignore iam constituto; refert, utrum ignorante creditore debitor de re pignori obligata egerit, an vero sciente. Si ignorante: sententia adversus debitorem dicta ignoranti creditori non nocebit. *d. L. si superatus, in pr. d. L. si mater, in fin.* Sin autem debitor egit sciente creditore; sententia ut debitori, sic & creditori nocebit. *L. sæpe, §. scientibus, D. de re iudic.* Hoc postremum quomodo accipiendum sit, docemur hoc rescripto. Placet ergo accipiendum esse hoc modo, si debitor sciente creditore agens ideo victus sit, quia malam caussam haberet; sin victus sit alia de caussa, ne hic quidem sententiam creditori obesse. Id autem contingere duobus modis, qui hoc rescripto comprehensi sunt.

2 Unus † est, si debitor per collusionem victus sit, idest, si ex compacto passus sit se vinci. Quod ita fieri probabitur, si sciens sua iura, & ea quæ ab adversario dicebantur, falsa esse non ignorans, tamen dissimulaverit: Indicat *L. si prolusorio, D. de appell* Quæ exceptio manifestam rationem habet: declarat enim aperte hæc collusio rem in bonis debitoris fuisse: alioqui collusio non esset. 3 Alter † modus est, si debitor ideo victus sit, quia sit summotus præscriptione, idest, exceptione aliqua extrinsecus. Nam præscriptio exceptionem significat. *L. super, sup. de long. temp. præs. L. creditor, D. diver. temp. præs.* Præscriptionem autem hic accipere debemus exceptionem ex facto debitoris nascentem, non ex iure rei: puta rei iudicatæ, aut longi temporis, aut pacti conventi. Rei iudicatæ hoc modo: Debitor rem suam persecutus ignorante creditore victus est: deinde iterum eandem rem petiit sciente creditore, & summotus est exceptione rei ante iudicatæ. Neutra sententia creditori nocebit: non prior, quia ignorante creditore lata est; non posterior, quia etsi creditore sciente res acta sit; ta-

meu debitor ob factum suum summotus est præscriptione. Temporis exceptione culpa sua vincitur debitor hoc modo, si passus sit rem, quam pignori obligaverat, usucapi a possessore: deinde cum eam rem a possessore vindicaret, summotus est præscriptione temporis. Ne hæc quidem sententia nocebit creditori, ubi negligentia ipsa debitoris, & usucapio ius pignoris non sustulit. *L. usucapio, inf. eod.* Idem dicendum est, si debitor ideo summotus sit, quia pactus erat eum possessore se ab eo non petiturum. Hæc omnia ideo creditori non nocent, quia hæ omnes exceptiones possessori natæ sunt, non ex eo quod debitor dominus non esset, cum pignus dabat; sed ex debitoris facto, quod postea secutum est: non debet autem factum cuiusquam alteri nocere. *L. de pupillo, §. si plurium, D. de ope. nov. nunt. L. solvendo, D. de neg. gest.* Hi casus etsi tantum duo hic proponantur; tamen in his consistere non debemus, sed generaliter definire: si quam aliam ob caussam debitor victus sit, quam quod malam caussam haberet, eam sententiam creditori nocere non debere; puta, si debitor ideo victus sit, quia absens erat: argumentum in *d. L. si prolusorio, §. ult. D. de appell. & L. si ideo, D. de evict.*

Ad L. In summa 6.

Idem A. Quinto.

In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit. PP. III. Kal. Aug. Antonino A. IV. & Balbino Coss.

S U M M A R I U M.

1\. *Impensas necessarias in rem pignori obligatam factas a creditore ei deberi, & ab eo ultro peti posse: in eas & pignoris retentionem esse, quamvis forte soluta; at non pignoris persecutionem.*

Cum ait rescriptum, *in summa debiti computari impensas necessarias*: cavendum, ne hic summam debiti principalis, in quam pignus obligatum est, intelligamus. Alioqui dicendum esset, etiam pro his impensis pignus esse obligatum: ut non tantum earum impensarum nomine esset pignoris retentio creditori: sed etiam ultra eius pignoris persecutio. Quod secus est: eo enim nomine retentionem pignoris creditori dari legimus, actionem autem non aliam, quam in personam, nempe pignoratitiam contrariam. *L. si necessarias, D. de pign. act.* Et certe pignus tantum ab initio in eam summam datum est, quæ tum cum dabatur, debita fuit. Hæ autem impensæ postea deberi cœperunt: ut profecto illius debiti pars esse non possint. Constat autem nisi in quam rem pignus conventione obligatum est, in eam rem pignus non teneri. *L. si non inducta, infr. in quib. cau. pig. tac. cont. L. Aristo, D. eod.* Quapropter superioribus verbis nihil aliud dici intelligendum est, quam impensas necessarias a creditore factas ob pignoris caussam, esse partem summæ eius, quæ creditori debeatur: idest, & has quoque non minus, quam principalem sortem esse debitas. Quod & verum est; cum † etiam ultro pignoratitia contraria peti possint; 1 hactenus tamen, ut meminerimus, quod ante dixi, in eas pignoris retentionem esse posse: persecutionem autem pignoris non esse, ubi de his pignus contractum non sit.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Usucapio. 7.

Imp. Gordianus A. Martiano.

Usucapio pignoris conventionem non exstinguit. PP. Non. Septemb. Pio & Pontiano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Pignus usucapione non exstingui, quid sit. & n. 5.*
2. *Cur non exstinguatur.*
3. *Recte constituta & perfecta durare, & etsi redierint in eum casum, unde incipere non poterant: & in hoc numero esse pignus.*
4. *Usucapionem rerum etiam immobilium & fuisse olim, & nunc esse.*
5. *Usucapione nulla nec mobilium, nec immobilium rerum pignus exstingui, eiusque rei argumenta. & num. 6.*
   L. 1. L. 2. C. si adver. cred. *explicata. ibid.*
7. *Re usucapta pignus manens quo iure habeatur a creditore.*

Res pignori obligata venit in possessionem extranei ex iusta aliqua caussa, a quo bona fide & per legitimum tempus possessa, tandem usucapta est: mobilis triennio; immobilis decem annis inter præsentes, viginti inter absentes, ut est ius de usucapione constitutum, *Inst. de usuc. in prin.* Usucapione possessor dominus factus est, eademque opera debitor dominus esse desiit. Quæsitum est de pignore, an, ea usucapione amissum esset. Movet dubitationem, quod plus est in dominio, quam in pignore. Quod si usucapione dominium amissum est: consentaneum videtur multo magis pignus exstingui de-
1 buisse. Placuit pignus non amitti. Et † res ita definita est in universum: usucapio pignoris conventionem non exstinguit: quæ huius loci definitio est. Recte, *conventionem:* non enim fieri potest, eum semel convenerit, ut res pignori esset, quin semper verum sit, ita convenisse. Hoc enim ita convenire facti est. Facta nulla iuris constitutione infecta fieri possunt. *L. in bello, §. facti, D. de capt.* Atque hinc satis intelligitur de pignore. Non enim potest esse conventio, ut sit res pignori, quin pignus continuo sequatur: qui est effectus huius conventionis. *L. 1. in pr. D. de pig. act. §. item Serviana, Inst. de act.* Quare si usucapione non exstinguitur conventio pignoris: necesse est & post usucapionem pignus manere, quod ex conventione nascitur. Quod si usucapione non exstinguitur pignus: consequens est etiam re pignorata ab extraneo usucapta, nihilominus pignoris persecutionem creditori salvam manere adversus rei possessorem, eundemque dominum. Et hoc est, quod Papinianus aliis verbis, eadem sententia definit in *L. iusto, §. non mutat, D.* de usurp. & usuc. *non mutat usucapio superveniens, quo minus pignoris persecutio salva sit.*

Obiectioni † autem superiori occurrit 2
eodem in loco Papinianus hac ratione: *quia* inquit, *pignoris persecutio nulla societate dominio coniungitur.* Quod perinde valet, quasi diceret; si pignus dominii pars esset, sive ita cum dominio coniungeretur, ut qui dominus esset rei, idem transferret in se ius pignoris; recte diceretur eum, qui rem usucepit, & ita dominium acquisivit, per consequentiam dominii etiam ius pignoris in se transtulisse. Nunc autem pignus dominio nulla societate coniungitur: idest, non sic coniungitur cum dominio, ut qui dominus est, eum necesse sit ius pignoris habere. Imo contra, hæc natura est istarum rerum, ut qui dominus est, is ius pignoris in eadem re habere non possit, cum pignus rei nostræ non consistat *L. neque pignus, D. de regul. iur.* Quare possessor qui usucepit, quanvis dominium acquisierit; non ideo tamen nanciscitur ius pignoris: proinde nec sibi non quæsitum, alteri adimit. Denique qua ratione fit, ut per usucapionem rei debitor eius rei dominium amittat; eadem ratione in contrarium efficitur, ne creditor pignus amittat in ea re constitutum. Nam debitor ideo amittit eius rei dominium, quia possessor, qui usucepit, dominium acquisivit: duo autem eiusdem rei domini in solidum esse non possunt. *L. 5. §. ult. D. com.* Hæc ratio cessat in pignore. Nam possessor, qui rem usucapit, ea usucapione pignus non acquirit, ac nec potest, cum sit dominus. Quo fit, ut pignus alteri non adimat.

Digitized by Google

Sed omisso exemplo dominii, quod usucapione amittitur, sunt præterea, quæ huic sententiæ adversari videantur. Primum dicat aliquis, quod ab initio pignus non consistit, si pignus non sit in bonis debitoris; *L. 3. §. ult. L. & quæ nondum, §. quod dicitur, D. eod. tit.* satis hoc argumenti esse, si res postea in bonis debitoris esse desierit, pignus extingui. Hoc enim consequens esse ei sententiæ, quæ multis locis tradita est, quod ab initio valuit, nihilominus extingui, cum in eum casum recidit, a quo incipere non poterat, ut *L. pro parte, D. de servit. L. existimo, D. de verb. oblig. §. 1. Inst. de inut. stip.* Sed nullum hinc argumen-
3 tum est. Nam † quod dicitur ea extingui, quæ in eum casum redeunt, a quo incipere non poterant, de rebus promissis, & necdum impletis dicitur, seu de inchoatis & nondum perfectis, ut probant exempla superiorum locorum, quos modo indicavi. In rebus iam constitutis & perfectis verum non est: indicant exempla *L. parte, D. de his, qui sunt, sui, vel al. iur. §. præterea, Inst. quib. non est per. fac. test.* Sed & hoc in *d. §. præterea*, generaliter definitur. Hinc est, quod dicitur in *L. in ambiguis, §. 1. D. de reg. iur.* non esse novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt. Inde & illud *L. penult. §. ult. D. de verb. obligat.* etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non poterat; non tamen hoc in omnibus verum esse, de quo illic scripsimus. Atqui ad hanc partem posteriorem hæc species, de qua agimus, pertinet. Nam cum convenit ab initio, ut res pignori esset; non tamen ea conventione pignus promittitur, sed statim reipsa constituitur; nec res aliam traditionem, aut præstationem, ut in rebus promissis, desiderat. *L. 1. D. de pig. act. §. item Serviana. Inst. de act.* Unde & statim tanquam re confecta nascitur in rem actio, *d. §. item Serviana.* Quapropter non est, quod dubitemus ita statuere, pignus quidem ab initio constitui non posse ab eo, cuius in bonis res non sit; at ab initio recte constitutum, nihilominus perseverare, quanvis qui constituerat, dominus rei esse desierit.

Videntur præterea contrariæ esse definitioni superiori *L. 1. & L. 2. supr. si adver. cred. præf. op.* quibus in locis cautum est, diuturnum silentium, item præscriptionem longi tempori decem, vel viginti annorum obstare creditori pignus suum persequenti. Quod negari videtur, cum in rebus immobilibus dicimus usucapionem earum rerum creditori non nocere. Nam ea usucapio non perficitur, nisi decem, aut viginti annorum possessione. *d. tit. de usuc. in pr. L. unica. sup. de usuc. transf.* Scio ad hæc concilianda vulgo dici, definitionem huius loci scriptam esse de usucapione rerum mobilium: quia putent usucapionis verbo hanc per usum acquisitionem significari. Ideo nihil dici contrarium, cum dicitur creditori præscriptio longi temporis obesse; quia hæc præscriptio sit ex possessione decem, vel viginti annorum. Sed iam prope convenit inter eruditos omnes, puerilem errorem esse veterum interpretum eorum, qui existimant usucapionem dici in rebus mobilibus, præscriptionem longi temporis in immobilibus. Quasi † non
constet de usucapione ita scriptum esse 4
in pr. tit. Inst. de usucap. ut Iustinianus testis sit etiam hanc veteres utrique generi rerum tribuisse, & ipse eam, quam transformavit, non utrique etiam nunc pariter tribuat. Aut quasi usucapionis definitio, quæ extat in *L. 3. D. de usurp. & usuc.* non ad utrumque genus ex æquo pertineat. Quin imo rerum soli, ut fundi, & ædium maxime usucapio est: ut de quibus liceat observare fere semper exempla proponi sub titulis de usucapionibus, cum de usucapione agitur: de quo alius locus est dicendi. De quo autem nunc agitur, in eo res sic habet. Sive † res 5
mobilis triennio, sive immobilis decem, aut viginti annis possessa usu acquisita sit possessori, & uno verbo usucapta; usucapio ad definitionem huius loci pertinet, & vere in ea cautum est, ut ea nunquam extinguat pignus, nunquam iure obsit creditori pignus persequenti. Argumento hæc sunt. Primum hoc loco generalis definitio est de usucapione, ut & in *L. iusto, §. non mutat, D. usurp. & usuc.* Usucapio autem non tantum rerum mobilium est, sed etiam immobilium. Deinde ratio, qua Papinianus *in d. §. non mutat,* defendit usucapionem supervenientem non extinguere pignus, non minus ad res immobiles pertinet, quam ad mobiles. Nam pignus rerum immobilium non magis dominio coniungitur, quam pignus rerum mobilium. Quo fit, ut definitione huius loci in usucapione rerum mobilium admissa, quam omnes concedunt; eadem etiam in usucapione, sive malumus, in acquisitione rerum immobilium admitti oporteat *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Postremo si debitor rem pignori obligatam

alie-

Digitized by Google

alienat, est æquissimum, debitoris factum & alienationem creditori non nocere: qualecunque sit pignus, sive mobile, sive soli. *L. debitorem, inf. hoc tit.* Alienationis genus est usucapio, cum debitor negligentia sua patitur rem usucapi. *L. alienationis, D. de ver. sig.* Quare non magis ea alienatio creditori nocere debebit; si immobilis res erit, quam si erit
6 mobilis. Neque † vero huic sententiæ non bene convenit cum *d. L. 1. & L. 2. sup. si adver. cred.* Nam eum dicimus usucapionem pignus non extinguere: hoc dicimus, silentium debitoris, quo passus est rem suam usucapi, creditori non nocere ad pignus illius extinguendum. Usucapio enim est illa acquisitio, qua dominium acquiritur adversus debitorem propter illius silentium. Cui non adversatur, quod dicitur in *d. L. 1. & 2.* diuturnum silentium & præscriptionem longi temporis creditori pignus persequenti obesse. Nam hic diuturnum silentium, & diuturnum tempus interpretari debemus, non id, quo debitor siluit, sed id, quo siluit creditor: denique silentium non debitoris, sed creditoris. Quippe de creditore illic agitur: & præterea esset iniquissimum factum debitoris creditori nocere. Hoc ita est: si nihil proponitur aliud, quam silentium debitoris, quo factum est, ut res usucaperetur; creditor autem non item cessavit, per idem longum tempus: sine dubio neque usucapio illi pignus extinguet, & ipsi pignus persequenti nihil obstabit: non diuturnum silentium ipsius, quia id nunc nullum est: non usucapio, qua res debitori ablata est, quia in hac silentium & factum debitoris versatur: in totum autem definiendum est factum debitoris creditori non nocere, *L. debitore, infr. eod.* Quod si & debitor per decem, aut viginti annos siluit, & creditor idem facit in pignore persequendo, ut sic silentium diuturnum creditoris cum silentio diuturno debitoris concurrat: utrique præscriptio longi temporis obstabit, & debitori dominium vindicanti, & creditori persequenti pignus, ut superioribus locis cautum est. Neque ideo adversari putandum est, quod dicitur usucapione pignus non extingui. Cum enim creditor ita summovebitur, nihilominus vere dicetur non extingui illi pignus usucapione, quippe quæ si sola esset, ei non noceret: sed extingui illi suo facto & silentio, quod silentium neque usucapio est, neque possessori parit usucapionem. Eiusque rei certissimum argumentum est, quod potest silentium diuturnum creditoris intervenire, ut tamen nulla sit usucapio: quid enim si creditor diu siluisset, dominus autem, idemque debitor per tempus constitutum interpellasset possessorem? Quid si silente creditore res tamen usucapi iure non posset? Finge rem pupilli pignori obligatam, quam constat usucapi non posse. *L. bonæ in pr. D. de acq. rer. dom.* Diceremus in his omnibus summoveri creditorem ob diuturnum silentium suum: ubi tamen apparet non posse dici usucapionem illi obstare, quia hic nulla est. Ad hæc si usucapione & diuturno silentio creditoris concurrentibus dici posset amissi pignoris caussam esse in usucapione, non in solo silentio creditoris: dicendum esset, quoties res esset usucapta, summoveri pignus, etiam si creditor in pignore persequendo diu non siluisset. Caussa enim posita pignoris amittendi, usucapione, necesse esset etiam ubique sequi eius effectum, amissionem pignoris. Quod secus esse, non alii loci magis probant, quam superiores duo: quibus placet nihil aliud in præscriptione temporis nocere creditori pignus persequenti, quam diuturnum silentium. Propone ergo rem decem, aut viginti annos possessam usucaptam esse; sed pignori obligatam fuisse paulo ante perfectam usucapionem, puta tribus, aut quatuor annis, per quos creditor pignus non est persecutus. Omnes concedent ex suprascriptis etiam locis id silentium, quod non est diuturnum, creditori pignus persequenti non nocere. Non ergo etsi concurreret silentium creditoris cum rei usucapione, ideo diceremus usucapione extingui pignus: cum per se sola usucapio semper una & eadem sit; quæ tamen pignus non extinguit.

Maneat † igitur, re pignori obligata a 7
possessore usucapta, dum ne silentium ipsum creditoris eum removeat, nihilominus pignus manere. Cuius effectus hic erit, ut eodem iure sit res apud eum, qui usucepit, quo iure futura erat, si eiusdem debitoris mansisset. Ergo creditori pignus persequenti aut pecunia solvi debet, aut pignus restitui. *L. si fundus, §. in vindicatione, D. eod. tit.* Possessor dominus si hac actione conveniatur, potest, ut cæteri possessores extranei, persecutionem impedire debitum offerendo, quo facto possessionem rei sibi constituet. *L. si dominium, inf. hoc tit.* Cæterum nisi ipse pecuniam, quæ debetur, solvat, rem creditori restituere cogitur. Si res apud creditorem erit, potest debitor etiam nunc a creditore repetere pignoratitia actione, dum pecuniam solvat *arg. L. rescriptum. §. 1.*

Digitized by Google

§. 1. illic, *& cum per iniuriam*, *D. de distr. pign.* Quod si apud debitorem res erit, & qui usucepit, rem petere instituat, poterit quidem ab eo vindicare; sed hac lege, ut existimo, si paratus sit solvere debitori, quod ille creditori prius præstitit pignoris luendi caussa. Etsi enim debitor cum creditori solvit, ea solutione liberatus fit; tamen eadem solutione factum est, ut res usucapta novo domino pignoris nexu liberaretur. Cæterum negotiorum gestorum actione idem petere a novo domino non potest. Sic enim definiendum est: quoties eadem res ad duorum utilitatem pertinet æque principaliter, eius solius negotium gestum videri, cuius contemplatione negotium gestum est. *L. si pupilli*, *§. sed si ego*, *D. neg. gest.* Nunc autem quod debitor creditori præstitit, fecit, ut & se liberaret, & pignus lueret: quod emolumentum ad novum dominum æque pertinet. Qua ratione dicemus e converso, si novus dominus cum ab initio conveniretur a creditore, pecuniam illi solverit pignoris sui luendi caussa; ne ipsum quidem eam pecuniam a debitore negotiorum gestorum actione repetere posse, quanvis illum ea solutione liberaverit.

Ad L. Quanvis. 8.

Idem A. Festo.

Quanvis personali actione expertus adversus reum, vel fideiussores, seu mandatores eius feceris condemnationem: pignoris tamen adhuc habes persecutionem. *PP. Id. Mart. Gordiano. A. & Aviola. Coss.*

S U M M A R I A.

1. *Personali actione electa, atque adeo debitore iam condemnato, non eo magis tolli persecutionem pignoris.*
2. *Iudicii accepti novatio quæ.*

Pignore creditori constituto duæ sunt creditori actiones. Una de eo, quod debetur: altera de pignore. Prior in personam est, sive, ut hic nominatur, personalis, adversus eos qui sunt obligati creditori. *L. actionum*, *de oblig. & action.* Quo in numero sunt reus principalis, & fideiussores, idest, qui idem spondent creditori stipulanti. *L. blanditus*, *inf. de fideiuss.* item mandatores, qui rebus adhuc integris veniunt ad creditorem, & mandant ei, idest, petunt ab eo, ut velit pecuniam credere debitori futuro. Actio de pignore in rem est, non adversus certam personam, sed adversus quoscunque pignoris possessores: de qua in *L. pignoris inf.*
1 His † duabus actionibus constitutis quæritur, si creditor una agere cœperit, an electione unius altera tollatur, & maxime si actione in personam egerit. Placet non tolli: non enim petitione, sed solutione debitores liberantur. *L. 1. §. si apud duos*, *D. depos.* Quod præcipue locum habet, cum altera actio, qua creditor non egit, est hypothecaria: nam hæc actio tamdiu est, quamdiu pignus manet. Non solvitur autem pignus, nisi aut creditori solutum sit, aut satisfactum. Porro non si lis a creditore contestata est, idcirco illi aut solvi, aut satisfieri intelligitur. Imo vero ideo agit; quia illi non satis fit. Significatur hæc ratio in *L. grege*, *§. etiam*, *D. eod. tit.* Quæsitum est amplius, quid si creditor non egerit tantum actione in personam, sed etiam consecutus sit, ut reus sententia iudicis condemnaretur? quæ huius loci quæstio est. Et placet ne sic quidem pignoris persecutionem amitti creditori, eadem ratione, qua supra: quia quanvis debitor condemnatus sit; non ideo tamen solutum est, aut satisfactum creditori. Quod & ipsum diserte positum est in dicta *L. grege*, *§. etiam*. Huc accedit, quod si debitor ante rem iudicatam tenetur, & pignus constitit creditori; multo magis utrumque dici debet, cum erit debitor condemnatus: quia tunc illum certius debere constitit, & tum illius maior contumacia est. Cur ergo magis dubitatum est de eo debitore, qui iam condemnatus esset?

Videtur † hæc fuisse dubitandi caussa, 2
quod novatio pignus perimit, ut est, in *L. solutum*, *in pr. D. de pig.* Re autem iudicata prior obligatio novatur, ut scriptum est in *L. 3. §. & ideo*, *supr. de usur. rei iud.* Ex quo effici videtur, & re iudicata, ut novatione pignus perimi.

Et

Et res ita habet. Novatio pignus perimit, sed ita, si sit voluntaria, idest, si fiat partium consensu extra iudicium. Alia caussa est novationis necessariæ, sive iudicii accepti: hæc non modo actoris conditionem deteriorem non facit, sed etiam facit meliorem. *L. aliam*, *D. de novat. non solet*, *D. de reg. iuris.* de quo dicetur infra suo loco *ad tit. de novationibus*.

L. Si dominium, 9.

Idem A. Attico.

Si dominium eius possessionis, quæ pignori data esset a debitrice domina, ad te translatum est: eamque postea creditor, vel eius heredes detinere cœperunt: vindica eam rem præside provinciæ curante, ut fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur. PP. III. Kal. Octobr. Gordiano AA. & Aviola Coss.

SUMMARIA.

1. *Debitorem pignoris dominum manere, hoc iure rem traditam in quemvis transferre posse.*
2. *Pignoratitiam actionem pignore alienato nunquam novo domino competere ad pignus repetendum.*
3. *Pignore alienato a debitore competere novo domino vindicationem adversus creditorem; sed iisdem conditionibus, quibus debitori pignoratitia, si pecunia soluta sit, aut eo nomine satisfactum.*

1 Debitor † pignus dando manente proprietate eius, solam possessionem transfert ad creditorem, ut est in *L. cum & fortis*, *§. ult. D. de pig. act.* Dominus igitur est, qui prius fuerat: quam ob caussam & rem pignori obligatam vendere potest, ut prius; nec minus ex quavis caussa traditam iure in accipientem transferet. *§. per traditionem*, *in Instit. de rer. divis.* Quod si verum est, sequitur, ut & novus possessor, in quem dominium a debitore translatum est, eam rem vindicare possit, non tantum a quovis alio possessore, sed etiam a creditore ipso, cui res pignori obligata erat, si forte res obligata in eius possessionem pervenerit. *L. in rem*, *L. officium*, *D. de rei vind.* Cum sint hæc, quæ diximus, iuris explorati: non immerito quæri potest, cur sit in hac re dubitatum, ut adiri Imperatorem oporteret. Et videri potest hæc caussa fuisse dubitationis, quod debitor, qui pignus alienavit, si non alienasset, & pignus recuperare vellet, uteretur in eam rem pignoratitia actione. *§. ult.*
2 *Instit. quib. mod. re cont. obligat.* Hæc † autem actio ei, ad quem res translata est, competere non potest: nam is neque debitor est, neque debitori successit. Sed non si novo domino pignoratitia actio non est ad pignus recuperandum; eo minus id recuperare potest alia actione, si quam forte eo nomine comparatam habeat. Habet autem ad eam persecutionem vindicationem, ut dominus; id, de quo Gordianus respondet.

Sed † additur, eum pignus recuperaturum eadem lege, qua debitor reciperet; nempe si debitum solvat, vel offerat creditori. Et recte. Nam alienatio debitoris deteriorem creditoris conditionem facere non potuit. *L. debitore*, *inf. eod.* *L. si debitor*, *inf. de dist. pign.* Certi autem iuris est, sic debitorem pignus persequi a creditore posse, si pecuniam solvat, aut eo nomine satisfaciat creditori. *L. si rem*, *§. omnis*, *D. de pig. act.* Sed in debito solvendo imputabuntur fructus ex re obligata a creditore percepti, ut hic cavetur: hi in universum debitum extenuant. *L. 1. L. 2. sup. de pig. act. L. 1. inf. de distract. pignor.* 3

Ad L.

Ad L. Debitores. 10.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Alexandro.

Debitores præsentes prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora, seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus rector provinciæ auctoritatis suæ auxilium impartiri non dubitabit. Dat. XIV. Kal. Febr. ipsis IV. & III. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Ad pignorum possessores perveniri etiam olim non potuisse, nisi prius conventis debitoribus: quam hoc humanum: & quid hic addiderit Novella Iustiniani.*

2. *Debitores prius denuntiationibus conveniendos, quam verum sit, refutatis locis in speciem repugnantibus.*

1 SI creditores † ab extraneis possessoribus pignora persequi velint potius, quam debitorem convenire, id illis olim facere licuisse multis rescriptis declaratur. *L. distractis, L. persecutione, inf. eod. L. ult. sup. de obl. & act.* Id ius temperatur hoc rescripto. Hæc enim lex & conditio ponitur creditoribus, ut si debitores præsentes sint, prius eos conveniant denuntiationibus, id est, prius interpellent eos, ut solvant; sic deinde illis non solventibus pignora iure persequantur. Summo quidem iure licet creditoribus pignora persequi sine ulla debitoris interpellatione. Pignoris namque conventio neque diem, neque conditionem habet; ut proinde sic pura sit & præsens pignoris obligatio. Sed humanitatis ratio aliud ius postulat: ex quo est ista denuntiatio, quam hic exigi videmus. Humanitas & æquitas in eo est, quod præsentes debitores sine incommodo creditoris interpellari possunt; interpellati fortasse solvent: si solverint, eadem opera & consulitur creditoribus suum consequentibus, & possessores pignorum non inquietantur. Quod factum postulanti prodest, concedenti non nocet, æquum est id concedi cuivis quanvis extraneo & ignoto. *L. 2. §. quamquam, D. de aq. & aq. plu. arc.* Iustinianus *Novell.* 4. *de fideiuss. §. sed neque*, alias *§. enimvero*, plus exegit a creditoribus. Constituit enim, ut si debitores præsentes sunt, non tantum prius denuntiationibus conveniantur, sed cum illis iudicio agatur, nec prius perveniatur ad pignorum possessores, quam excussis debitoris & omnium accessionum
2 facultatibus. Sed † quod hoc rescripto dicitur, debitores præsentes prius denuntiationibus conveniendos, multis diserte scriptis locis contrariis refelli videtur. Ac primum constat, quod pure debetur, statim peti posse, *§. omnis, Inst. de verbor. obl.* Si statim, non pendet ex ulla denuntiatione præcedenti. Quod & verissimum est, ac perpetuum: sed tunc locum habet, cum agitur cum ipso debitore. Iudicio cum omnibus agi potest, qui nobis obligati sunt, quanvis prius eos non interpellaverimus, ut solverent. Hic autem observandum est agi de eo creditore, qui pignora persequi velit ab alio possessore, quam debitore, ut sequentia indicant: quod quam æquitatem habeat, supra ostendimus. Imo, dixerit aliquis, etsi creditor ius pignoris exsequatur: tamen hoc iure non habet necesse prius debitorem convenire. Nam in *L. distractis, L. persecutione, inf. hoc tit. L. ult. sup. de obl. & act.* traditum est, creditorem posse statim possessores pignorum convenire, neque necesse habere personali actione prius convenire debitores. Sed nihil adversus hunc locum. Non enim dicimus debitores prius conveniendos esse actione & iudicio, sed conveniendos denuntiationibus. Rursum hic occurritur. Nam si pignus creditor distrahat: constitutum est id eum iure facere, etiam si prius debitori non denuntiaverit, *L. 4. D. de pig. L. si cessante, inf. de dist. pign.* Sed alia caussa est, cum creditor pignus distrahit; alia cum pignus ab extraneo possessore persequitur. Nam pignoris distractio nocet debitori, qui oppignoravit; persecutio pignoris extraneis possessoribus. Porro cum de debitore agitur, nullum ordinem actionis servamus, sed tantum adversus extraneos possessores, cum quibus creditor nihil

hil contraxir, *auth. hoc si debitor, inf. hoc tit.* Ex his apparet, proprie & significanter hoc loco dictum esse, cum creditor pignora persequitur adversus alios, prius debitores conveniendos esse denuntiationibus; ut intelligamus necessitatem iuris his verbis contineri, non autem conveniendos esse de urbanitate, ut vulgo interpretantur. Et fortasse hoc ius est de conveniendis prius debitoribus, cuius mentionem facit Iustinianus *initio Nov. 4. de fideiuss.*

Ad L. Nominatori. 11.

Iidem AA. & CC. Euphrosyno.

Nominatori pignori capere sine præsidis auctoritate res nominati non licet S. III. Id. Mart. AA. & Coss.

S U M M A R I A.

1. *Nominatores in honoribus & muneribus publicis, qui.*
2. *Nominator quibus, ad quid, & quo ordine teneatur.*
3. *Nominatori adversus nominatum quando, quæ, & qua de re actio competat.*

SUB persona nominatoris & nominati statuitur hic sententia, quæ generalis est ad omnes creditores pertinens: neminem res debitoris sui capere posse pignori sine magistratus auctoritate: quæ sententia expressa est in *L. 3. sup.* ubi diximus. Quod † ad exemplum huius loci
1 attinet, *nominatores* dicuntur in honoribus & muneribus publicis deferendis. Nam cum quis aut magistratum municipalem, aut decurionem, aut curatorem Reipublicæ offert, & tanquam idoneum ad eam rem nominat, ex re nominator appellatur, ut intelligere licet ex toto titulo, *de peric. nom. infr. lib.* 11. Eodem modo & si quis apud magistratum tutorem aliquem nominet. *L. adversus, supr. de mag. conven.*

Qui † ita nominator exstitit, in re quidem publica Reipublicæ obligatur, in 2
administratione autem minorum obligatur minoribus, ut si is, qui nominatus est, in ea administratione, quam suscepit, aliquid contraxerit, & non sit solvendo, id dependeat aut Reipublicæ, aut minoribus eo ordine, qui præscriptus est in *L. Imperator, D. ad municip. L. 2. & ult. inf. quo quis. ord. con. lib.* 11. *& d. L. adversus, sup. de mag. conven.* Postquam nominator † nominati caussa quid solvit, 3
tum incipit nominatus nominatori suo teneri vel mandati, si mandato suo nominatus est; vel negotiorum gestorum, si mandatum non intercessit. In hac obligatione quæritur, an nominator nominati res pignori capere possit. De quo id statuitur, quod supra definivimus.

Ad L. Si uxor. 12.

Iidem AA. & CC. Eusebio.

Si uxor tua pro pecunia, quam accepit mutuo, res proprias obligavit pignori, eique tu successisti: licet instrumento eius facti testimonium collatum non sit: soluto tamen debito creditorem de his tibi reddendis solemni iure convenies. S. V. Kalend. April. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pignoratitia actio qua de re, cui, adversus quem, qua conditione.*

1 CReditor † pignus accipiendo a debitore debitori obligatur, ut debito soluto id ei restituat. *§. ult. Inst. quib. mo. re cont. obl.* In eamque rem constituta est debitori pignoratitia actio hac conditione, si pecunia soluta erit, aut creditori satisfactum, *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act. L. pen. sup. eod* Hæc actio citra controversiam & heredibus debitoris datur, & in heredes creditoris. *§. 1. Inst. de perp. & temp. act.* Hæc ita sunt, quamvis de pignore dato nullum instrumentum interpositum sit, ut hic respondetur. In quo statuitur generalis sententia de vi instrumentorum, quæ expressa est in *L. 4. D. eod. L. 4. D. de fid. instr. & similibus locis.*

Ad L. Cum dominam. 13.

Iidem AA. & CC. Matronæ.

Cum dominam non minorem vigintiquinque annis ea quæ obligaverat tibi, iure dominii possidere permisisse, & in solutum dedisse, precibus significes: dominæ contractus & voluntas ad firmitatem tibi sufficiet. S. IV. Kalend. Maii. Heracliæ. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Permissum debitoris, ut creditor pignus in solutum sibi habeat, ad dominium transferendum etiam secundum formam communem iuris abunde valere: & cur.*

1 CUM † debitor permittit creditori suo, ut pignora, quæ prius acceperat, in solutum sibi habeat: quæritur, an dominium pignorum ea conventione in creditorem transferatur? Tria videntur impedire. Primum, quod nulla hic traditio rerum est; dominium autem nisi traditione non transfertur. *L. traditionibus, supra, de pactis.* Deinde quod nulla hic caussa videtur intervenire nova ad dominium transferendum; at nisi iusta aliqua caussa præcedente dominium non transfertur. *L. nunquam, D. de acquir. rer. dom.* Postremo de iure dominii impetrando in pignore certa forma præscripta est constitutionibus, qua ad eam impetrationem perveniatur. *L. 1. & toto tit. inf. de iur. dom. imp.* Ea forma in hac specie nulla est. Sed nihil hæc obstant dominio transferendo. Nam quod ad traditionem attinet, hæc tunc necessaria est, cum res, quam translatam volumus, non est apud eum, ad quem volumus transferre. Quod si prius apud eum sit, vel quod commodavimus, vel quod apud eum deposuimus, vel quod pignori dedimus; hic nuda voluntas sufficit ad dominii translationem. *L. qua ratione, §. interdum, D. de acquirен. rer. dom.* Et recte: satis enim prius res tradita erat, ut iam non sit nova traditione opus. Si caussa hic quæritur ad dominium transferendum, est idonea;

nea; nempe pro soluto, *L. 4. D. de Publ.* Quod autem de iure dominii impetrando constitutum est in pignoribus, id adversus debitores invitos, aut ignorantes constitutum est. Cæterum si debitor, idemque dominus velit rem suam in creditorem transferre: nihil tam naturale est, quam voluntatem eius in hac re ratam haberi, ut est *in §. per traditionem, Instit. de rerum divis.* Proinde in proposito dominium voluntate debitoris in creditorem recte transfertur. Sed cum hac exceptione, quæ hic adiecta est, dum debitor non sit minor viginti quinque annis. Nam ita ius est: neque prædia minorum, neque res mobiles, quæ servando servari possunt, sine decreto magistratus alienari posse. *L. 1. & tot. tit. D. de rebus eorum, qui sub tut. vel cur. sunt & tit. de præd. minor. supra. L. lex quæ, sup. de administrat. tutor.*

Ad L. Distractis. 14.

Iidem AA. & CC. Appiano.

Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti iuris. S. Kal. Maii, Heracliæ, AA. Coss.

Auth. *Hoc ita.*

Hoc ita, si debitor ei non satisfaciat ex pretio rei venditæ: quod ut fiat, permittitur ei vendere.

Ad L. Debitorem. 15.

Iidem AA. & CC. Basilidæ.

Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. V. Non. Maii, Heracliæ, AA. Coss.

Ad L. Persecutione. 24.

Iidem AA. & CC. Marco.

Persecutione pignoris omissa, debitores actione personali convenire, creditor urgeri non potest. S. XV. Kal. Ian. Nicomed. CC. Coss.

Auth. *Hoc si.*

Hoc si debitor possideat, alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo & intercessore. Et si nec ex hypothecis debitoris satisfiat, tunc demum intercessoris hypothecæ, si quæ sunt, petantur: quod ius & in heredibus locum habet.

SUMMARIA.

1. *Pignore distracto a debitore, nihilominus ius pignoris creditori integrum manere.*
2. *Quo ordine perveniatur ad pignorum possessores, olim & nunc.*
3. Auth. hoc ita. C. de pig. *de quibus hypothecis interpretanda.* Novellæ de litigiosis, in §. ab hoc, *sententia ibidem.*

1 Debitor † pignus alienando, uti rei dominus erat, ita dominium ad accipientem transfert; *L. si dominium, sup. hoc tit.* sed hae alienatione creditori non nocet. Manet enim salvum ius pignoris, quod ab initio recte constitutum est. *L. si debitor, inf. de distr. pig. L. distractis, L. debitorem, hic.* Adiicitur ratio in *L. debitorem*; non enim potest debitor creditoris conditionem deteriorem facere. *L. solvendo, D. de negot. gestis.* Sumptum ex præceptis iuris, quibus præcipitur, alterum non lædere, suum cuique tribuere. *L. iustitia, D. de iust. & iur.* Itaque pignore alienato creditor pignora a possessoribus persequi potest. Est enim persecutio pignoris in rem, *d. L. debitorem, in fin. & L. pignoris, infr.*

2 Inde † quæsitum de ordine conveniendorum possessorum, utrum creditor debitores prius convenire debeat, sie deinde iis non solventibus pervenire ad pignorum possessores: an vero sit in arbitrio creditoris, adversus utros experiatur? Et ius vetus fuit ita, ut huius rei electio esset creditoris. *L. distractis, L. persecutione, hic L. ult. supr. de obl. & act.* præterquam in fisco pignus tacitum vindicante: de quo humanitatis caussa iam olim idem placuerat, quod postea generaliter admissum est in omnibus creditoribus, & omnibus hypothecis, etiam de quibus nominatim convenit. *L. Mosehis, D. de iur. fisc.* Ius ergo, ut dixi, in totum mutatum Iustiniani constitutione *Nov. 4. de fideiuss. §. sed neque* unde fragmentum in *Auth. hoc si debitor, hic,* & exemplum fisci superius admissum ad hanc sententiam, ut non aliter ad pignorum possessores perveniri possit, siquidem alii pignus possidebunt, quam debitore prius convento, & excussis eius facultatibus, repertum sit eum non esse solvendo.

Sed † hoc ius postea temperatum est ab eodem Iustiniano in *Nov. de litigios. §. ab hoc*, unde fragmentum in *Auth. hoc ita*, ad hanc sententiam: ut si creditor adversus debitorem pignus adhuc possidentem de hypotheca agere cœperit, & controversia mota debitor pignus alienet: in hac specie liceat creditori statim pignoris emptorem eundemque possessorem convenire, & pignus persequi, si ei de pretio eius alienationis satisfactum non sit. Hoc ita interpretandum esse in constitutione Iustiniani recte visum est Ioanni veteri interpreti: cuius & sententia omnium consensu recepta est. Etsi enim Iustinianus in ea constitutione de litigiosis, qua parte agit de hypothecis alienatis, nihil exprimat, quo tempore alienatæ sint: utrum controversia de his adversus debitorem mota, an vero non mota; tamen de iis agi, quæ mota adversus debitorem controversia postea alienatæ sunt, cum ex instituto Iustiniani satis intelligitur, tum ex exceptione, quam priori disputationi Iustinianus subiicit. Institutum eius est, tota ea constitutione agere de rebus litigiosis. Quamobrem de hypothecis agens, etiam de iis agere intelligendus est, quatenus litigiosæ videri possunt. Prius autem definierat litigiosum, de quo lis possessori mota erat. Deinde post excipit ab ea definitione hypothecas. Non potest exceptio existimari, nisi quæ verbis & finibus definitionis continetur: ut si quis ædes leget, stulte excipiat libros: quia etiam sine hac exceptione libri appellatione ædium non continerentur. Quare quod generaliter in *authent. hoc ita*, scriptum est, id ad speciem hypothecæ litigiosæ, de qua dixi, referri debet.

Ad L.

Ad L. Etsi frater. 16.

Iidem AA. & CC. Heroidi.

Etsi frater tuus non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit, ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quærere non potuit. Subscripta III. Id. Maii, Hadrianopoli, AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Qui pecuniam mutuam dedit suo nomine, quamvis alienam, pignoris obligationem domino pecuniæ quærere non posse; & cur.*
2. *Qui pecuniam alienam mutuam dat nomine domini, eum domino acquirere & condictionem pecuniæ, & pignoris eo nomine accepti obligationem.*

CUm quis pecuniam alienam mutuam dat suo nomine, ei cuius pecunia est, condictionem non acquirit, quia non vult; sibi acquirit, si nummi ab accipiente consumpti erunt. *L. nam & si fur, D.*
1 *si cer. pet.* In † eam obligationem si pignus accepit, pignus illi obligatum est; ei, cuius pecunia erat, pignus non est constitutum, ut hic traditur, his de caussis. Nam si ex eo mutuo nulla obligatio nata est, ut fit nummis adhuc exstantibus: non potest ullum pignus esse neque ei, cuius pecunia est, neque adeo ei, qui pecuniam suo nomine dedit: non est enim pignus, nisi pro debito, & obligatione præcedente. *L. res hypothecæ, D. eod. §. item Serviana, Inst. de act.* Quod si ex ea numeratione condictio mutuanti nata erit, quod fit nummis consumptis; tamen ei cuius pecunia est, ideo pignus acquiri non potest, quia ei nihil debetur, cui principalis obligatio non est quæsita: neque vero alii res pignori obligari potest, quam creditori; quoniam pignus accessio est principalis obligationis. *d. L. res hypothecæ, D. eod. L. 4. §. si ex conventione, D. de re iud.* Quin † etiam, etsi quis 2
pecuniam alienam mutuam det domini nomine, & pignus illius nomine accipiat: acquiritur quidem domino condictio. *L. certi, §. si nummos, D. si cer. pet.* quasi ipse pecuniam dedisset per alium. At pignoris obligatio illi olim non acquireretur, quam placet per liberam personam quæri non posse. *L. solutum, §. per liberam, D. de pig. act.* Hodie ex constitutione Iustiniani quanvis suam quis pecuniam dederit alieno nomine: is, ut condictionem acquirit extraneo, & acquirebat olim: sic & acquirit pignoris obligationem. *L. 2. supr. per quas pers.* Post quam constitutionem non erit inutile, quod adiicitur hoc loco de eo, qui pecuniam alienam suo nomine dedit, ac pignus accepit. Intelligimus enim hodie ideo recte adiici; quia ad eum non pertineat, qui pecuniam ad se pertinentem dedit alieno nomine, & pignus accepit.

Ad L. Quanvis. 17.

Iidem AA. & CC. Pontiæ.

Quanvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium: tamen nisi specialiter, vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in caussam pignoris non deduxit. Sane personali actione debitum apud præsidem petere non prohiberis. S. XII. Kal. Iun. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Rem aliena pecunia emptam non esse pignori obligatam ei, cuius pecunia empta est: excepto pupillo, cuius pecunia res empta sit, & cur.*

1 QUod † dicitur pignus contrahi conventione, eaque debitoris interposita cum creditore. *L. 1. in pr. D. de pig. act. L. 4. D. de pig. §. item Serviana, Institution. de act.* declarat nullius debitoris rem creditori obligari inter vivos,

vivos, nisi specialiter, aut generaliter convenerit, ut esset obligata, ut hic dicitur: idem in *L. Aristo*, *D. quæ res pig. obl. non pos.* Porro res empta eius est, qui eam emit suo nomine, & cui suo nomine tradita est, quamvis eam emerit aliena pecunia. *L. multum*, *L. qui aliena*, *sup. si quis al. vel sib.* Quo fit, ut quæ res hic emptoris est, non fit pignori obligata ei, cuius pecunia empta est; quia de pignore nihil convenerit: quæ sententia est huius loci. In hac re pupillum excipimus, cuius ex pecunia si quid emitur, id ei pignoris iure tenetur. *L. pen. supr. de ser. pig. dat. man.*

Ad L. Pignoris. 18.

Iidem AA. & CC. Evodio.

Pignoris vel hypothecæ persecutio in rem est. S. Kalen. Decemb. Sirmii. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Pignoris persecutio quæ actio, cui detur, adversus quem, cuius rei gratia.*
2. *Pignoris persecutio cur dicta Serviana, quasi Serviana, hypothecaria, & interdum pignoratitia.*

1 DE pignore † iure prætorio nascitur actio *L. si tibi*, *§. de pignore*, *D. de pact.* Hæc actio non in personam est, sed in rem, ut hoc loco admonemur, & *L. pignoris*, *D. eod.* item, *§. item Serviana*, *Instit. de act.* Hinc intelligimus & cui detur hæc actio, & in quem, & cuius rei gratia, seu quis sit huius actionis exitus. Quod persecutio pignoris est, ex eo intelligimus eam creditori dari. Non enim persequitur pignus, nisi qui pignus habet. Non est autem pignus constitutum, nisi creditori. *L. etsi frater*, *supr.* Quod in rem esse dicitur, eo declaratur actionem esse non adversus debitorem, aut debitoris heredes; sed adversus omnem, qui pignus possidet, tenetve; quæ omnium actionum in rem conditio est. *L. si fundus*, *§. in vindicatione*, *D. eod. L. actionum*, *D. de obl. & act.* Quod si adversus possessorem est: consentaneum est adversus eos etiam dari, qui non possident quidem, sed pro possessoribus habentur. Hi sunt, qui dolo desierunt possidere. *L. qui dolo*, *L. parem*, *D. de reg. iur. L. qui petitorio*, *in pr. D. de rei vin.* Eadem re admonemur huius iudicii exitum esse, ut possessor rem creditori restituat, nisi malit creditori solvere, quod debetur. Nam ea solutione pignus liberatur: quo liberato, nulla relinquitur creditori pignoris persecutio. Quod si neque solvit possessor, neque pignus restituit, tunc lis adversus eum æstimatur, quanti ea res est, pro ea distinctione, quæ est in *d. L. si fundus*, *§. in vindicatione*, *& L. si inter*, *§. 1. D. eod.* Huc facit *L. qui restituere*, *in fin. D. de rei vind.*

Hæc † actio ne nos fallat, cum in iure nominatur, nomen tenendum est. Sciendum est igitur, eam a prætore, a quo primum comparata est, *Servianam*, & *quasi Servianam* dici: a re ipsa dici *hypothecariam*, non pignoratitiam: *§. item Serviana*, *Inst. de act.* propterea quod non persequitur creditor pignus, nisi id, quod ab alio possidetur. Id autem pignus proprie hypotheca dicitur, non proprie pignus, *L. si rem*, *§. proprie*, *D. de pign. act.* Pignoratitia actio & in personam est, & debitori competit adversus creditorem, aut creditoris heredes, ut pignus pecunia soluta ei reddatur. *§. ult. Instit. quib. mod. re cont. obl.* Recte pignoratitia, quæ debitori datur de eo pignore, quod ipse creditori tradidit: quod, ut iam dixi, proprie pignus dicitur. Interdum tamen confunduntur ista, & actio hypothecaria dicitur pignoratitia, ut *L. rem alienam*, *D. de pig. act. L. duobus*, *D. de except. rei iud. L. 3. §. est autem*, *D. ad exhib. L. communi*, *§. si inter*, *D. com. divid.* 2

Ad L. Sicut. 19.

Iidem AA. & CC. Maximo.

Sicut vim maiorem pignorum creditor præstare non habet necesse: ita dolum & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur. Dat. XVII. Kal. Ianuarii. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Culpam etiam & custodiam creditorem præstare debere in pignore; & custodiæ verbo quid contineatur.*

1 Pignoratitia actione tenetur debitori creditor, ut debito soluto pignus debitori integrum reddat, & tale, quale accepit. §. *ult. Inst. quib. mod. re con. obl.* Et sine dubio ita tenetur, si tem talem habet apud se, qualem accepit. Quid si aut non habet, aut deterior facta est? Distinguitur: ut siquidem casu fortuito, seu vi maiore res abfit, aut deterior facta sit, non teneatur creditor. Casus fortuiti nullo iudicio præstantur ab eo, qui rem præstare debuit, *L. quæ fortuitis, supr. de pig. act. L. contractus, in fin. D. de reg. iur.* Sin aliter illa contigerunt, placet omnimodo creditorem teneri, sive dolo eius factum sit, sive culpa; nec solum ea culpa, quæ in faciendo fit, sed etiam quæ in negligendo, quæ posterior custodiæ exhibendæ verbo hic significatur: dum scilicet ipse rem corrumpi aut amitti patitur, eam custodiam & diligentiam non adhibendo, quæ a diligente patrefamilias adhiberi potest: ut & in *L. si cum venderet, §. ult. & L. seq. D. de pign. act.* Hæc ideo; quia in contractu pignoris utriusque utilitas versatur, & debitoris, & creditoris, ut declaratur in *d. §. ult. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Id autem est ex ea distinctione, quæ pluribus explicatur in *L. 5. §. nunc videndum, D. comm.*

Ad L. Creditor. 20.

Iidem AA. & CC. Alexandro.

Creditor ad petitionem debiti urgeri iure minime potest. Quapropter eo, quod vos heredibus Evodiani debere confiditis, oblato, & si non velint accipere, consignato atque deposito: de reddendo pignore hos præsidali notione convenire. PP. XVII. Kalend. Februar. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Obsignatione sola pecuniæ pignus liberari, & quali.*
2. *Oblatio sola pecuniæ in iudicio facta etsi pignus non liberet; prodest tamen debitori ad pignus & retinendum & repetendum.*

IUre constituto pignus ita liberatur, si pecunia creditori soluta erit, aut eo nomine creditori satisfactum. *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act. L. item, §. 1. D. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.* Hoc ius si ad verbum exigimus, periculose constituitur adversus debitorem. Nam non solvitur pecunia creditori, nisi ille oblatam accipiat. At fieri potest, ut non accipiat, quanvis iniuria. Fieri etiam potest, ut paratus sit accipere, sed dicat sibi plus deberi, quam offertur: & ideo priusquam quidquam accipiat, postulet de ea re iudicio constitui. Quod si fit, res eodem redit. Non enim potest iudicio constitui de eo, nisi ipse agat; porro nemo cogitur invitus agere, *tit. ut nemo invit. ag. vel accus. cog. supra.* Ita fit ut nunquam invito creditore pignus liberetur, si præfracte solutionem exigimus. Id ergo ne fieret, remedium inventum est, quod pro iusta solutione cederet: ut sic & fideiussores

fores, & pignora ipso iure liberarentur,
1 quanvis invito creditore. Id † remedium est non oblatio pecuniæ sola, sed oblatio cum obsignatione pecuniæ & depositione coniuncta: id est, ut recusante creditore debitor coram testibus numeratam pecuniam sacculo includat; sacculum clausum obsignet; obsignatum deponat in eum locum, de quo index idoneus constitnerit. Hæc indicantur plenius in *L. acceptam, sup. de usur.* Idem hoc loco dicitur brevius. Similes loci notantur ab Accursio. Hæc autem liberatio pignoris ex eo est, quod hæc obsignatio & depositio solutionis vim habet *L. obsignatione, inf. de sol.*
2 Ergo † sola oblatio neque principalem obligationem tollit, neqne pignns liberat. Interdum tamen prodest debitori: si is pu-ta pignus possideat, & pecuniam creditori offerat in iudicio. Sic enim consequitur, ne cogatur pignus reddere, non quia pignus liberatum sit, sed quia obstet creditori agenti doli exceptio. *L. potior, §. ult. D. qui pot. in pig* Prodest etiam debitori ultro pignoratitia actione agenti, qui item pecuniam in iudicio creditori offerat. Prodest autem eo, ut recte agat, & creditor damnari debeat. *L. si rem, §. ult. D. de pig. act.* Quippe pignoratitia actio has conditiones habet, si pecunia soluta sit creditori, aut ei satisfactum. Quæ conditio ex regula iuris toties pro impleta habenda est, qnoties per creditorem, cuius interest eam conditionem non impleri, stat, quo minus impleatur, *L. in iure, D. de regul. iur.*

Ad L. Res obligatas 21,

Iidem AA. & CC. Victo.

Res obligatas exterus debito soluto liberando datum petere, non earum dominium adipisci potest. Datum II. Kal. Novemb. Retiariæ. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Solvendo pro debitore extraneus quivis ut debitorem etiam invitum, ita & pignus liberat.*
2. *Solventem pro debitore & pignus liberantem non ideo quidquam iuris in rem liberatam consequi.*
3. *De pecunia alterius nomine soluta esse adversus eum actionem mandati, aut sine mandato negotiorum gestorum actionem.*
4. *Solventi pro debitore & pignus liberanti dominium, aut pignus acquiri ex conventione, si aut ei res vendita, aut pignus in eum translatum sit: sine conventione etiam pignoris retentionem.*

1 QUivis † pro debitore solvendo creditori, debitorem & ignorantem, & invitum liberat. *L. solvendo, D. de neg. gest. L. solvere, L. solutione, D. de solut.* Unde evenit, ut eadem opera & accessiones liberentur, id est, fideiussores & pignora. *L. in omnibus speciebus, D. de solution.* atque hæc in debi-
2 tore vis est huius solutionis. Nam † quod ad extraneum attinet, qui solvit, non propterea in rem, quam nexu pignoris liberavit, quidquam iuris nanciscitur. Non dominium, de quo hic scriptum est: non pignus, de quo scriptum est in *L. 1. in prin. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Utrumque ideo, quia ad dominium acquirendum, & pignus constituendum pariter domini voluntate & conventione est opus. *L. in omnibus rebus D. de obl. & act. L. quanvis, sup. hoc tit.*
3 Tantum † is, qui solvit, hac solutione id assequitur, ut quod solvit, possit repetere a debitore, quem liberavit; non tamen quia negotium utiliter ab eo gestum. Ut autem repetat, consequitur aut mandati actione, si mandato debitoris solvit, aut sine mandato actione negotiorum gestorum, quia utiliter in rem eius impendit, dum eum liberat. *L. 2. D. de neg gest. L. 3. & L. filius, sup. eo. tit. de neg. gest.* Sed † hæc ita accipienda sunt, 4
si extraneus ita solum solvit, ut debitorem liberaret, quod verba ipsa rescripti satis significant, quæ ad solutionem & liberationem debiti solum conferuntur. Quod si ita pecuniam creditori dedit, ut pignus emeret, dominium in eum transfertur non minus, quam si a domino emisset. *L. non est novum, D. de acq. rer. dom.* Sed etsi citra emptionem ita pecuniam solverit creditori, ut idem pignus sibi obligaretur, rata erit conventio, & in ius creditoris succedet. *L. 1. inf. de his, qui in prio. cred. loc. succ.* Neque vero aliter ullum

ius

ius domiuil, aut pignoris in re liberata sibi exterus acquirit. Saue & sine emptione; itemque superiore conventione de pignore constituendo, extraneus qui debitoris nomiue solvit, & pignus luit, consequitur eiusdem rei retentionem in eam summam, quam solvit, *d. L.* 1. *in pr. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* non tamen pignoris iure, sed per exceptionem doli mali, quæ iis omnibus possessoribus rei alienæ conceditur, qui in eam rem sumptus fecerunt, dum ab his res repetitur non solutis sumptibus. *L. sumptus, L. in fundo, D. de rei vind. L. plane, D. de pe- tit. her.*

Ad L. *Secundus*. 22.

Iidem AA. & CC. Antiochiano.

Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus & a debitore sortem, eiusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras accipere potest. PP. III. Id. Decemb. Nicomed. CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Posteriorem creditorem priori pecuniam solvendo pignus sibi confirmare, non tantum in sortem sibi debitam, sed & in eam summam, quam solvit, item & in usuras, quæ priori solvendæ essent: non etiam in usuras usurarum ab ipso solutarum.*

CUM duobus creditoribus diversis temporibus eædem res obligatæ sunt, sic prior creditor in pignore potior est, ut secundus adversus priorem nihil iuris habeat. Sed si posterior † priori creditori
1 solvat, vel offerat, quod ei debetur: illo remoto posterior in pignore aut solus, aut certe primus esse incipit, atque ita sibi pignus confirmat. Sed quod præcipue animadvertendum est, confirmat sibi pignus non tantum in debitum suum, sed etiam in omnem caussam, qua debitorem a priore creditore liberavit, ut est in *L. in bello, §. si pignori, D. de cap.* Et in summa in locum prioris creditoris succedit, ut traditur in *L.* 5. *in prin. D. de distr. pig.* Proinde confirmat sibi pignus non tantum in sortem, quam priori creditori solvit, sed etiam in eius sortis usuras, quæ præstandæ fuissent, ut hic scriptum est. Quibus verbis intelligo posteriorem sibi confirmare pignus, non tantum in eas usuras quas priori solvit: de quibus ex locis a me supra indicatis non dubitatur; sed etiam in eas usuras, quas non solvit, sed quæ creditori priori solvendæ essent, si eius obligatio non esset sublata. Ut quemadmodum illi præstandæ essent, sic & posteriori creditori præstandæ sint ex mora: quoniam is, ut diximus, in locum prioris succedit, dicta *L.* 5. *de distr. pig.* Hinc quæsitum, an posterior creditor, quemadmodum sortis prioris solutæ usuras consequi potest, ita etiam possit exigere usuras earum usurarum, quas priori solvit. Finge posteriorem creditorem priori solvisse sortem mille aureorum, & eius sortis usurarum nomine centum, quæ illi creditori deberi cœperant. Quæro, an quemadmodum sortis mille aureorum usuras exigere potest posterior creditor, ita possit etiam exigere usuras earum centum, quæ nomine usurarum priori solverat. Quod quidem prima ratione quis dixerit. Nam in actione negotiorum gestorum id totum sors est, quod quis alieno nomine impendit. *L.* 2. *D. de neg. gest.* Quod si usuræ supra solutæ in ea actione pars fuut sortis: consequens est etiam eius partis usuras ex mora accedere. Nam actio negotiorum gestorum bonæ fidei est, *§. actiones autem, Instit. de act.* In bonæ fidei autem iudiciis usuræ ex mora veniunt. *L. mora, §. in bonæ fidei, D. de usur.* Et hoc loco respondetur, posteriorem creditorem usuras tantum sortis a se solutæ una cum sorte consequi posse, usuras autem usurarum a se solutarum consequi non posse. Superiori autem obiectioni occurritur in *L. creditor, §. sciendum, D. qui pot. in pig. hab.* ad hunc modum. Recte enim diceretur usuras priori creditori solutas pro sorte habendas esse, si negotiorum gestorum actione peterentur. Nunc autem de his negotiorum gestorum actio locum non habet. Nam posterior creditor dum priori solvit & sortem & usuras illi debi-

tas, negotium debitoris non gerit, sed suum. Non enim solvit debitoris liberandi caussa, sed pignoris, & iuris sui confirmandi gratia. Ita relinquitur, quod solutum est, id partim sortem esse, partim sortis usuras. Certi autem iuris est usuras usurarum exigi non posse. *L. placuit, D. de usur. L. ut nullo, sup. de usuris.*

Ad L. Maior. 23.

Iidem AA. & CC. Macedoniano.

Maior annis vigintiquinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum, vel iurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest. S. XVIII. Kal. Ian. Nicomediæ, CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Remissione & conventione sola pignus solvi.*
2. *Iurisdictio quid.*
3. *Remissione directa pignoris maxime pignus solvi ipso iure.*
4. *Etiam tunc, cum res tradita est creditori.*
5. *Obliqua quoque remissione, idest, pacto interposito de pecunia non petenda, etsi fortis liberatio contingat tantum per exceptionem, pignus tamen ipso iure tolli.*
6. §. de pignore. L. si tibi, D. de pact. *explicatus.*
7. L. 2. C. de remis. pig. *explicata.*

REmittit pignoris conventionem creditor, qui paciscitur, ut a pignoris
conventione, idest, a pignore discedatur,
1 tur, nec res amplius sit pignori. † Hoc
qui pactus est, pignus amplius persequi
non potest, ut hic traditur: hoc est, pignus conventione & remissione creditoris solvitur. *L. 2. inf. de remiss. pig.* Id
eo fieri dicitur hoc rescripto, quia pactum, quod inest in hac remissione, tametsi solum sit, & ut iuris auctores alibi
loquuntur, nudum: tamen eiusmodi est,
quod iurisdictio tueatur secundum voluntatem creditoris. Iurisdictio, idest, prætor, & quivis magistratus ex edicto prætoris de pactis. *L. iurisgentium, §. aut*
2 *prætor, D. de pact.* Iurisdictio † est magistratuum auctoritas, & potestas in iure
dicundo. *L. non possunt, & L. seq. D.
de legib.* Quæritur, an remissione creditoris pactum tollatur ipso iure, an per
exceptionem tantum? Quorum alterum ex
verbis huius rescripti certo colligi non
potest. Nam is dicitur, non posse rem
persequi, non tantum qui ipso iure non
potest, sed etiam qui per exceptionem removetur. *L. nihil interest, D. de reg.
iur.* Et tamen res digna est cognitu propter locos de hac quæstione in speciem
3 dissentientes. Nos † statuemus, ut consensu creditoris pignus contrahitur, ita contrario consensu ipso iure & remitti & dissolvi. Remissio & conventio creditoris duplex est, directa, & obliqua. Directa, qua
aperte & recta paciscitur, ut ab hypotheca discedatur, sive ne de hypotheca amplius agat. Hæc conventio citra controversiam dicitur pignus solvere, in *L. solvitur, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Solvi dicitur, quod omnino solvitur, idest, ipso iure, §. *item per acceptilationem, Inst. quib. mod. tol. obl.* Et vero id consentaneum est regulæ iuris, quæ dictat, quibus quidque modis contractum, aut constitutum est, iisdem modis in contrarium actis dissolvi. *L. nihil tam naturale, L. fere, D. de reg. iur.* Constat autem pignus sola conventione contrahi, sive creditori tradatur, sive non tradatur. *L. 1. in prin. D. de pig act. L. 4 D. de pign.* Proinde & contraria conventione tolletur, quæ definitio expressa est in *d. L. 2. inf. de remis. pign.*

Nec † multum ad rem faciet, si pignus 4
propter conventionem traditum sit creditori. Nam hæc traditio non facit, ut magis pignus contrahatur, quam ante traditionem. Denique pignus quamvis traditum, sola tamen conventione constitutum est, non etiam traditione: proinde & sola conventione, quamvis traditum, tolletur. Nec obstat, quod in *L. ab emptione, D. de pact.* dicitur ab emptione & cæteris contractibus, qui consensu perficiuntur, contrario consensu discedi posse rebus adhuc integris, idest, nulla re ab uno alteri data, aut tradita. Nam ex eodem loco discimus, a superioribus contractibus etiam rebus non integris discedi posse, dummodo non paciscamur, ut nobis quid præstetur ab adversario, & nova obligatio adversus eum non constituatur, quod

postre-

Digitized by Google

poſtremis eius legis verbis demonſtratur.
At in pignore, quanvis id traditum ſit
creditori, ſi paciſcatur creditor, ut a pi-
gnore diſcedatur: non id agitur, ut ipſe
quidquam præſtet, ſed tantum ne pignus
petat. Quam ob rem etiam tunc ſine
exceptione ea conventio valebit. Obliqua
5 † pignoris remiſſio eſt, cum creditor non
de pignore paciſcitur aperte, ſed de de-
bito non petendo. Nam qui ita de debi-
to paciſcitur principaliter, etiam per con-
ſequentiam de pignore non petendo pa-
ciſci intelligitur. *L. ſolvitur, §. ſi paci-
ſcatur, D. quib. mod. pig. vel hyp. ſol.*
propterea quod pignus acceſſio eſt prin-
cipalis debiti, ac principali cauſa ſublata,
acceſſioni locus eſſe non poteſt. *L. cum
principalis, D. de reg. iur. L. in omni-
bus ſpeciebus, D. de ſolut.* In hac ſpecie,
quia principalis obligatio non tollitur, niſi
per exceptionem pacti conventi: *L. 5.
D. de pact. §. præterea Inſt. de excep.*
idcirco dubitari poteſt, an pignus quo-
que non niſi per exceptionem remittatur.
Dicemus etiam in hac ſpecie pignus ipſo
iure tolli. Nam aperte dicitur hoc modo
ſolvi in *d. L. ſolvitur*, quo verbo dixi-
mus iuris ſolutionem & liberationem in-
telligi. Eiuſque rei argumenta hæc ſunt.
Nam & aliis modis cum debitor de de-
bito liberatus eſt ſolum per exceptionem,
tamen pignus liberari dicitur. Ut, ſi de-
ferente adverſario iuraverit ſe non debe-
re, aut ſi abſolutus ſit ſententia iudicis.
*L. ſi deferente, D. quib. mod. pig. vel
hyp. ſol.* Ex quibus tamen cauſſis tan-
tum debitor per exceptionem liberatur,
non ipſo iure. *§. æque & §. ſeq. Inſt.
de excep.* Proinde idem dicendum eſt,
& ſi debitor pacto tantum convento de
debito ſit liberatus. Præterea ſi debitor
remiſerit principalem obligationem debi-
tori: pignus ipſo iure liberatum eſt, etſi
remiſſio iure effectum non habuerit, *L.
1. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp ſol.*
Multo ergo magis, ſi remiſſio valuerit ſal-
tem per exceptionem. Poſtremo cum cre-
ditor paciſcitur, ne debitum petat, etiam
de hypotheca non petenda paciſcitur, ut
ſupra dixi. Quamobrem & hoc conſenſu
hypotheca ipſo iure tolletur: quoniam iam
effectum eſt, ut conſenſu pignus contra-
hitur, ita etiam conſenſu diſſolvi. Scio
prima fronte non improbabiliter dici, ſi
obligatio principalis pacto per exceptio-
nem tantum tollitur, par eſſe, ut etiam
pignoris obligatio non niſi per exceptio-
nem eodem pacto tollatur: quoniam pi-
gnus eſt acceſſio principalis obligationis.
Sed diſſimilia hæc ſunt. Nam pactum ut
ad conſtituendam principalem obligatio-
nem, & obligationem pignoris diverſam
vim habet: ſic & diverſam habet ad utram-
que obligationem diſſolvendam. Principa-
lis obligatio pacto convento ipſo iure non
tollitur, quia pacto convento ab initio
non contrahitur. At pignus contrahitur
pacto; eo fit, ut & contrario pacto diſ-
ſolvatur. Neque nos movere debet, quod
vulgo hic obiicitur, acceſſorium ſequi na-
turam principalis cauſſæ, cui accedit, ar-
gumento *L. eos, ſupr. de uſur.* Hoc
enim recte dicitur negative. Nam ſi prin-
cipalis obligatio non conſiſtit, non con-
ſiſtet etiam pignoris, aut uſurarum acceſ-
ſio. Sed non idem valet affirmative. Non
enim ſi principalis obligatio ipſo iure con-
ſiſtit poſt pactum conventum interpoſitum
de non petendo: idcirco dixeris ipſo iure
conſiſtere pignus; quoniam, ut dixi, ad
tollendam principalem obligationem &
obligationem pignoris pactum conventum
diverſam vim habet.

Verum † opponitur huic ſententiæ, *L.* 6
ſi tibi, §. de pignore, D. de pact. ubi
ſcriptum eſt, actionem de pignore tolli
per exceptionem, ſi paciſcar, ne petam.
Hic nobis duplex reſponſio eſt. Nam pri-
mum duplex illic poteſt exceptio intelli-
gi: aut ea quæ opponatur pignoris per-
ſecutioni: aut ea quæ opponatur princi-
pali actioni, de qua non perſequenda pa-
ctum factum eſt. Secundum hoc recte di-
cetur tolli quidem actionem de pignore
per exceptionem, cum creditor pactus
eſt, ne debitum peteret; ſed per exce-
ptionem, non eam, quæ pignoris perſe-
cutioni opponatur, nam hæc perſecutio
ipſo iure pacto ſublata eſt: verum per
exceptionem, quæ ex pacto nata eſt ad-
verſus principalem obligationem. Hac
enim actione quanvis per exceptionem re-
mota pignus etiam ipſo iure tollitur. Et
hoc eſt, quod Marcianus ſignificat in *L.
ſolvitur, in fin. 1. reſp. quib. mod. pig.
vel hyp. ſol.* cum ait, ſi creditor pactus
ſit, ne pecuniam petat, receſſum eſſe ab
hypotheca, cum pactum exceptionem per-
petuam pariat. Exceptionem perpetuam
ſine dubio intelligit, quæ nata eſt de pe-
cunia non petenda, cum de hoc pacto
ageretur iuxta *§. præterea, inſt. de excep.*
Licet & hoc modo reſpondere. Cum cre-
ditor paciſcitur, ne debitum petat, actio
de debito tollitur per exceptionem. Eſto:
ſed nihilominus tollitur & ipſo iure. Ne-
que hæc contraria ſunt ipſo Paulo aucto-
re, cuius eſt illa *L. ſi tibi.* Nam multo-
rum ſententia eſt in hac ſpecie, cum prin-
cipalis obligatio per exceptionem ſublata

est, pignus iure ipso liberari. *d. L. solvitur*, & *L. si deferente*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Sed tamen etiam de eo dubitari potest, ut innuere videtur disputatio Marciani in *d. L. solvitur*. Et ideo tutius est exceptionem initio opponere adversus creditorem pignus contra pactum persequentem. Ergo tollitur pignus per exceptionem, quia opponere exceptionem, est tutius; tametsi exceptione non opposita recte defendi possit, nullam fuisse ipso iure hypothecariam actionem. Nec absimilis Pauli sententia & ratio est in *L. qui servum*, *§. 1. D. de obl. & act.* Rursum † opponitur *L. 2. infr. de remiss. pig.* Debitor sciente & consentiente creditore pignus vendidit. Si creditor pignus postea ab emptore vindicet: illic scriptum est, eum exceptione removeri. Sed hoc sic interpretandum est: exceptione eum removeri, si emptor, idemque possessor exceptionem opponat. Quod si non opponat, non est necessaria. Nam & sine exceptione ipso iure tutus est. Idque demonstratur evidenter sequenti ratione, quae illic subiicitur. Nam, inquit rescriptum, ut consensu contrahitur pignus, sic consensu dissolvitur. Dissolvi dicuntur ea, quae omnino tolluntur, non autem iure ipso manent, ut supra dixi. Haec a me eo disputata sunt fusius, ut in re ancipiti, licet exigua, retineretur constantia & veritas regularum iuris de rebus eodem modo dissolvendis, quo colligatae sunt.

Ad L. Persecutione 24. *Et auth. seq.*

Vide *L. distractis*, *supr.*

Ad L. Servo. 25.

Iidem AA. & CC. Dracontio.

Servo, qui fuerat pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio. Dat. VI. Kalend. Ianuarii. Nicomediae, CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Pignore casu amisso nihilominus manere creditori integram debiti actionem, & cur.*

1 SI pignore † casu amisso tollitur actio creditoris de pecunia debita, necesse est eo fieri, vel quia pignus detur solutionis caussa, ut sic ea satisfactione debitor liberetur: vel quia damnum amissae rei creditor praestare debeat, ut sic debitor liberetur ea compensatione. At neutrum illorum est. Nam pignus datur, ut creditori pro debito cautum sit. *§. ult. Instit. quib. mod. re con. oblig.* Item pignus accedit principali obligationi, non eam perimit. *L. 4. §. si ex conventione. D. de re iudic.* Unde apparet, non dari solutionis, aut satisfactionis caussa. Alioqui ipsum debitum statim tolleretur solutione. Sed nec casus fortuitos creditor praestat in pignore. *L. quae fortuitis*, & *L. pignus*, *supr. de pign. act.* Ex quibus efficitur, pignore casu amisso nihilominus creditori salvam esse principalem actionem de pecunia credita, ut hic traditur, & *d. L. quae fortuitis*, *d. L. pignus*, *supr. de pig. act.*

Ad L.

Ad L. Si. pen.

Iidem AA. & CC. Mauricio.

Si tibi Notarium pignoris titulo debitor tuus obligavit eum, a quo mancipium abreptum proponis, apud rectorem provinciæ conveni. S. IV. Kalend. Ianuar. Sirmii, CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Pignore surrepto, eius persequendi caussa creditori duas esse actiones, hypothecariam, & furti.*

1 Pignore surrepto creditor furem convenire potest: Quibus actionibus? Nempe aut hypothecaria actione de pignore, aut actione furti. Actione hypothecaria tenetur fur citra controversiam, si pignus possidet. *L. pignoris, supr. hoc tit.* Sed & si non possideat, tenetur non eo minus: dolo enim desiit possidere. Et de hac actione melius est hunc locum intelligi, ut titulo & argumento conveniat. Sed & creditor adversus furem furti actionem habet. Quo iure, & quo effectu, cognoscendum est ex suis locis. *L. creditoris, L. creditori, D. de furt. §. furtorum, Inst. de oblig. quæ ex delict.*

Ad L. ult. Super.

Imp. Iustinian. A. Mennæ *Præfecto prætorio.*

Super hypothecis, quas argenti distractores, vel metaxarii vel alii quarumcunque specierum negotiatores pecunias sibi credentibus dare solent, hoc specialiter super amputanda omni machinatione sancimus, ut si post huiusmodi contractum liberis suis, vel alio modo cognatis, quamcunque militiam iidem negotiatores acquisierint (eam tamen, quæ vendi, vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest) liceat, creditoribus eorum etiam non probantibus ex pecuniis eorundem negotiatorum liberos eorum, vel cognatos militasse, (dum tamen contrarium non probetur alios ex suo patrimonio dedisse pecunias) creditum ab his, qui militarint, exigere, vel tantum eos efflagitare, quanti vendi eadem militia possit. Quod ita obtinere sancimus, & si extraneis quibusdam iidem negotiatores de suis pecuniis huiusmodi militiam acquisisse probentur: ut quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quæ vendi, vel ad heredes transmitti potest permissum est, ut liceat creditoribus & adhuc viventium debitorum iure hypothecæ vindicare militias, nisi sibi satisfiat, & post mortem eorum exigere quod pro iisdem militiis pro tenore communis militantium placiti, vel divinæ sanctionis tale præstantis beneficium, dari solet: hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum servetur. Quod scilicet in futuris militiis, non etiam in his, quas liberi, vel cognati eorundem negotiatorum, vel extranei pecuniis eorum meruerunt, tenere sancimus. Dat. Kal. Iunii, DN. Iustiniano A. PP. II. Coss.

SUM-

S U M M A R I A.

1. *Militia in functionibus publicis, quid, & cur ita dicta.*
2. *Militiarum quasdam vendi & ad heredem transire posse, quasdam non posse.*
3. *Obligatione generali bonorum contineri militiam etiam postea quæsitam, quæ quidem vendi possit.*
4. *Quisquis sit debitor.*
5. *Cur hic dubitatam de militiis.*
6. *Militiam contineri, etiam quam debitor pecunia sua acquisierit alii, non tantum sibi, & quomodo acquirere possit alii secundum regulas iuris.*
7. *Militiam alii quæsitam a debitore oportere quæsitam esse ex pecunia debitoris, ut contineatur obligatione generali pignoris, & quare.*
8. *Militia a debitore postea alteri quæsita quomodo possit deduci in obligationem pignoris a debitore constitutam, cum militia non sit, aut fuerit in bonis debitoris.*
9. *De militia hoc loco dictam, etiam ad res omnes alias a debitore ex pecunia eius alteri quæsitas pertinere, ut bonis a debitore obligatis etiam heres ea obligatione contineatur.*
10. *Militia a debitore alteri quæsita, quibus conditionibus conventione debitoris obligetur pignori.*
11. *Militia pecunia debitoris empta quando præsumatur, & quando a creditore probari debeat, & distinctionis ratio.*
12. *Militiam pignori obligatam sic vivente eo, cui acquisita est, a creditore vindicari posse hypothecaria, at possessor, quamvis debitum non solvat, præstando militiæ æstimationem liberetur; alterutrum nisi fit, militiam iure pignoris distrahi posse.*
13. *Mortuo eo, cui militia pignori obligata acquisita est, nec æstimationem deberi creditori, & quid illi pro eo præstari debeat a successoribus, & qui successores.*
14. *Forma communis militantium placiti quid, in hac lege Militantes & statuti, qui.* ibidem.
15. *Mortuo militante cur pro militia ante pignori obligata nec debeat creditori præstari æstimatio, & tamen debeat præstari certa summa.*
16. *Commoda ex casu, seu simpliciter. Ex casu quæ dicantur lastimano.*
17. *Militium ex casu nullam esse.*
18. *De commodo militiæ vacantis adversus quos sit creditori actio hypothecaria.*

1 CONstitutio † hæc est de militiæ hypotheca. Militia in usu iuris dicitur functio omnis ordinaria, qua quis operam suam navat vel Principi, vel Reipublicæ, vel magistratibus in rebus ad publicam administrationem pertinentibus obeundis, qualis est, exempli gratia, Notariorum: Secretariorum, Apparitorum, eorum, qui sunt a memoria, a libellis, & quales indicantur in *L. 11. infr. de prox. sac. scrin. lib. 12.* Ac pro ea præstantur salaria ex publico, aut annonis publicis: ut sic militia non sint ea commoda, quæ percipiuntur ex publico; sed ipsa functio, propter quam illa commoda capiuntur, ut patet ex *L. Lucius, D. de legat. 2. L. creditor, §. inter, D. de act. empt.* item *L. omnimodo, §. ult. sup. de inoffic. test.* Sic dicta militia, quod qui Reipublicæ operam navant, hi Reipublicæ militare dicuntur: *L. advocati, sup. de advoc. di-*
2 *ver. iud.* Ex † militiis quædam sunt, quæ vendi possunt, vel etiam ad heredes transire; quædam, quæ non possunt, sed ita personæ cohærent, ut eam egredi non possint. Quod & hæc constitutio indicat, & *L. 3. §. si quid minori, D. de minor.* Quæ vendi non possunt, hæ sine dubio pignori obligari non possunt: cum ita iuris regula sit, eas res pignorationem recipere, quæ & venditionem recipiunt. *L. 9. in fin. D. eod.* Quod & hic satis significatur. De earum hypotheca, quæ vendi possunt, hæc constitutio est.

Constitutionis tria sunt capita. Primum caput est de hypotheca militiæ constituenda. Secundum de necessitate probationis, cui hæc incumbat, si forte controversia erit, utrum militia empta sit ex pecunia debitoris, an non. Tertium de effectu huius militiæ. Primo capite de hypotheca militiæ statuitur ad hanc sententiam. Obligatione † generali pignoris, qua debitor 3
omnia sua bona obligavit creditori, contineri etiam militiam, quæ quidem vendi possit, quam debitor postea acquisivit; non tantum si acquisierit sibi, sed etiam si acquisierit alii: dummodo si alii acquisivit, eam acquisierit ex pecunia sua. Hæc pars ut certius cognoscatur, in ea hæc expendenda sunt. Primum de quibus debitoribus agat constitutio. Deinde de quibus rebus. Tertio loco quid de earum hypotheca constituat. Postremo quibus conditionibus.

Quod † ad debitores attinet, loquitur 4
constitutio in principio de negotiatoribus. Unde videri potest ad negotiatores tantum pertinere, qui militiam postea acquisierint. Sed constitutio generaliter ad omnes debitores pertinet, sive negotiatores sint, sive non sint, ut declaratur illis verbis constitutionis, quæ subiiciuntur, *ut quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus, &c.* Itaque quod de negotiatoribus initio dicitur, vel exempli caussa dictum est, vel ut removeretur dubitatio, quæ

quæ maior erat in negotiatoribus: quasi his pro conditione vitæ liceat impune pecuniam acceptam, in quos velint usus, impendere, & de ea negotiari: intelligiturque, si hi non possunt pecunia accepta militiam acquirere, quin ea in obligationem generalem pignoris veniat; multo magis idem de aliis debitoribus probandum esse. Inter negotiatores specialiter Iustinianus nominat argenti distractores, & metaxarios. Argenti distractores nominat non hic tantum, sed & in *L.* 2. *in fin. sup. de con. pec.* illic autem argenti distractores interpretari videtur Theophilus argentarios in §. *in personam, Inst. de act.* Et sunt hi Iustiniano argentarii. Metaxarii sunt negotiatores metaxæ, id est fili, aut panni serici. Hæc recte, ut cætera, & pluribus Brissonius in *Lexico*.

Cavit autem constitutio de militia, quod
5 secundo loco cognoscendum fuit. Cur † de militia potius dicit, hanc pignori obligari, quam res cæteras a debitore acquisitas: cum constet obligatione generali bonorum omnes res debitoris magis contineri? *L. ult. inf. qui pot. in pig.* quia vetus fuit dubitatio de militiis, an hæc quoque pignori subiici possint, ut res cæteræ, ut idem Iustinianus docet in §. *optimum. Nov. de exhib. reis.* Id hac lege decisum est.

6 Cavit † constitutio de militia, quam debitor alii acquisierit. Quid si acquisierit sibi? multo magis hæc pignori erit, cum citra controversiam sit in bonis debitoris. Idque significat satis aperte Iustinianus hac constitutione illic, *ut quod generaliter in ipsis, &c.* Sed hoc tanquam exploratum prætermisit. De eo cavit, quod dubitationem habere videbatur, nempe de militia, quam debitor alii acquisivit, non sibi, ut sic non videatur in bonis eius fuisse. At quomodo potest debitor militiam alii acquirere, cum per liberam personam alii nihil acquiri possit? *L.* 1. *sup. per quas perf. nob. acq.* Id fit hoc modo, si debitor, qui bona sua obligavit, militiam emat sibi; deinde iubeat venditorem militiam cedere ei, cui acquisitam vult, iuxta *L.* 1. §. *si iusserim, D. de acq. poss. L.* 3. *in fin. & L. seq. D. de don. int. vir. & ux.* Id etiam fit hoc modo: si debitor militiam emat sibi, deinde eam accipiat nomine extranei, cui acquisitam vult. Nam possessionem alterius nomine acceptam illi acquirit, & per possessionem dominium. *L. si procurator rem, L. traditio, in fin. D. de acq. rer. do. & d. L.* 1. *sup. per quas perf.* Hæc eo dicimus, quia si debitor militiam sibi emit, & ei suo nomine traditur, ipse sibi acquirit, non debitor illi, quantumvis ipse eam emat ex pecunia debitoris. Quod enim mihi emo, & mihi meo nomine traditur, meum fit, etiamsi emam ex pecunia aliena. *L.* 1. *& L. pen. sup. si quis alt. vel sibi.* Restat igitur, ut dicamus debitorem militiam alii acquirere iis modis, quos indicavimus.
Sed † exigitur constitutione, ut debitor 7
acquisierit militiam ex pecunia sua. Hoc eo fit: quia si ex pecunia alterius militia empta est, & extraneo tradita, revera militia non potest dici debitoris esse, eoque nec in obligationem pignoris deduci a debitore potest. At si empta est ex pecunia debitoris, quamvis tradita sit eius voluntate extraneo; tamen etiam hoc casu non male dicatur in bonis debitoris fuisse. Id enim recte definitur nostrum, cuius commodum, aut incommodum ad nos pertinet. *L.* 1. §. *in propria, D. quand. appel. sit.* Cum autem debitor militiam emit pecunia sua, etsi militia alii tradatur; tamen incommodum debitoris est ob pecuniam ab eo impensam. Est enim eius commodum in eo, quod ea præstatione obligat sibi extraneum, aut beneficii debitorem acquirit. Quorum nihil dici potest, ubi debitor emit militiam alii ex pecunia
aliena. De † hac militia sic constituitur, 8
hanc quoque obligatione generali, quæ a debitore contracta sit, in obligationem pignoris deduci. Hoc vero inique, vel potius absurde constitui videtur. Nam hæc militia, de qua loquimur, non est debitoris, cum proponamus eam non debitori quæsitam, sed alii. Quod si ita est: secundum regulas iuris non potest hoc genus militiæ a debitore obligari, neque generaliter, neque specialiter. Non generaliter: quia obligatione pignoris debitor obligat bona sua. Hæc autem militia non est in bonis debitoris. Sed nec si debitor nominatim & specialiter obliget pignori eam militiam, quam postea alii acquiret, quicquam proficiet: quia ut pignus contrahatur, oportet rem tunc, cum conveniebat, fuisse in bonis debitoris, *L. & quæ nondum*, §. *quod dicitur, D. eod. L. cum res. inf. si alie. res pign. dat. sit.* Hac obiectione moti plerique omnes interpretes existimant, hic singulare ius constitui de militia: ut scilicet quemadmodum res empta ex pecunia pupilli pupillo obligatur; sic & militia empta ex pecunia creditoris, creditori obligetur. Quæ sententia nullo modo recipienda est. Primum; quia in hac constitutione non agitur de militia empta ex pecunia creditoris, sed empta ex pecunia debitoris, undecum-

decumque illa pecunia pervenerit ad debitorem. Deinde res ex pecunia creditoris empta ita demum creditori obligari potest pignori, si prius sit in bonis debitoris. Nunc autem de militia agitur, quæ non est in eius bonis, si vera sunt ea quæ diximus. Dicendum est, nihil hic non recte constitui, aut præter regulam cæterarum rerum debitoria, quas pignori obligari placet, secundum quas nihil obligatur creditori, nisi quod est in bonis debitoris. Nam & hoc ipsum in hac re accidit. Militia, quam debitor alii acquisivit, subtilitate iuris non est, nec fuit unquam in bonis debitoris, utpote alii quæsita, non debitori, ut hic proponitur; sed naturali ratione prius illi quæri videtur, cum iubet venditorem suum extraneo militiam tradere: deinde videtur ita per eum extraneo acquiri, ut res explicatur ab Ulpiano in *d. L.* 3. *§. ult.* iuncta *L. seq. D. de don. int. vir. & ux.* Et hoc est, quamobrem exigat hæc constitutio, ut militia empta sit ex pecunia debitoris. Sic enim fit, ut commodi & incommodi habita ratione, veteris debitoris fuisse intel-
9 ligatur, uti iam exposuimus. Hæc † sententia cum in cæteris rebus omnibus corporalibus locum habeat, quas is, qui eas emit, aut cui alia ex caussa debentur, iubet debitorem suum alii tradere, ut licet intelligere ex *d. L.* 3. *in fi. de don. int. vir. & ux.* Neque mirum, neque novum videri debet, si idem probetur in rebus incorporalibus omnibus, quas debitor alii acquisierit, dum pecunia sua: ut iam non dubitemus non de militia solum, sed de omnibus rebus alii emptis generaliter definire: cum debitor bona sua generaliter obligavit, in eam obligationem venire res omnes, quas postea acquisivit, non tantum sibi, sed etiam alii; dummodo alii acquisierit pecunia sua. Cur ergo tantum cavit Iustinianus de militiis, si ius ad res omnes æque pertinet? Non ut in his quidquam singularis iuris constitueret præter res cæteras, sed ut dubitationem tolleret, de qua supra dixi.

10 Cavet autem † constitutio, ut militiæ postea a debitore acquisitæ pignori sint his conditionibus. Primum, si vendi possint, de quo initio dixi. Deinde, si debitor eas acquirat. Præterea si militiæ a debitore quæsitæ sint ex pecunia eius: nihil ut intersit, utrum emptæ sint ex pecunia, quæ a creditore ad debitorem profecta sit, an ab alio. Postremo, si debitor pecuniam accipiendo obligaverit omnia bona sua. Id quod intelligimus ex eo, quod Iustinianus initio dicit se hoc constituere super hypothecis, quas negotiatores creditoribus suis dederint. Hypothecas dicit, non hypothecam, ut intelligamus generaliter hypothecas constitutas esse: deinde sine constitutione hypothecæ ne militias quidem a debitore quæsitas pignori obligari.

Secundum caput huius constitutionis ex priore ita nascitur. Constituerat Iustinianus militiam, quæ a debitore quæsita est alii, ita demum pignori subiici, si debitor eam quæsierit pecunia sua. Unde intelligitur creditorem non posse eam vindicare, quin intendat eam emptam ex pecunia debitoris. Quid ergo, si † possessor 11 id neget, an creditor probare debebit secundum regulam iuris *L.* 2. *C. de prob.* Et de eo singulare quiddam constituitur hoc capite: nimirum alias id præsumi, alias creditorem probare debere. Siquidem debitor militiam emit filiis, aut cognatis, præsumitur militia pecunia eius empta, nisi contra probetur. Sin emit aliis, nempe extraneis, creditor probare debet pecunia debitoris emptam. Huius distinctionis ratio hæc est, quod ex coniunctione sanguinis colligitur affectus debitoris; ex affectu beneficium, argum. *L. quod in uxorem, & L. si paterno, supr. de neg. gest.* quod non item in extraneis dici potest.

Tertio capite de effectu superioris hypothecæ ita cavetur: aliud esse, quod consequatur creditor vivente adhuc eo, cui militia acquisita est, aliud quod consequatur eo mortuo.

Vivente † eo, cui militia acquisita est, 12 creditor iure hypothecæ ab eo militiam vindicare potest; sed hac lege, ut placeat eum hac actione non consequi, quod in cæteris rebus corporalibus, ut res pignori obligata ei restituatur, sed consequi militiæ æstimationem, idest, ut hæc constitutio loquitur, quanti militia vendi potest. Hoc ideo, quod militia personæ quodammodo cohæret: unde & militia legata militiæ æstimatio deberi dicitur. *L. Lucius, D. de legat.* 2. Consequitur autem creditor, quanti militia vendi potest, nisi is, cum quo agitur, malit debitum solvere. Cæterum alterutrum facere cogitur ex hac constitutione. Quid, si neutrum facit? longius quidem non progreditur constitutio: sed dicemus creditorem iure hypothecæ usurum, idest, curaturum, ut militia distrahatur, quod ius est creditoris in omni pignore. *L. quamdiu, L. si cessante, inf. de dist. pig.* † Mortuo autem 13 eo, cui militia quæsita erat, non potest exigere creditor quanti militia vendi potest;

teſt; ſed id ſolum quod pro militia defuncti dari ſolet, vel ex tenore, idest, forma communis militantium placiti, vel ex forma conſtitutionum. Sic enim verba ſunt huius conſtitutionis in §. 1. Quæ ut intelligantur, ſciendum eſt, mortuo eo, qui militiam obtinebat, militiam vacare, niſi ex iis ſit, quæ ad heredes tranſeant. Vacantem certis & ſtatutis perſonis deferri, quæ in decedentium locum ſuccedant. Ab iis perſonis, quæ ſuccedunt in militiam, hoc exigi, ut pretium quidem militiæ non præſtent, ſed præſtent aliquam ſummam vel heredibus defuncti vel filiis vel uxori vel creditoribus: quæ ſumma cedat pro ſolatio militiæ amiſſæ. Et hæc ſumma in militiis ſacrorum ſcriniorum definita eſt ad ducentos, & viginti aut quinquaginta aureos. Quæ omnia declarantur *L. 7. & L. 11. inf. de prox. ſac. ſcrin. libr.* 12. Hæc eſt igitur illa ſumma, quæ defuncto militante pro militiis dari ſolet ab iis, qui vacantem militiam nunc ob-
14 tinent. † Solet autem dari ſecundum formam communis militantium placiti, ubi commune placitum vocat Iuſtinianus communem conventionem: militantes autem vocat ordinem eorum, qui eius generis militiam exercent, ut ſunt, exempli gratia, qui ſunt ab epiſtolis, qui ſunt a memoria, qui ſunt a ſecretis: qui omnes uno verbo appellantur ſtatuti; quia eorum numerus certus ſtatutus erat in unoquoque genere militiæ, ut patet ex *d. L. 7. & L. 11. de prox. ſac. ſcrin.* Ergo ſi quam ſummam iſti militantes communi conſenſu conſtituiſſent, quam ſucceſſor militiæ dare deberet defuncti heredibus: hæc eſt illa ſumma, quam Iuſtinianus hic dicit creditores exigere poſſe. Remoto autem placito militantium, ea ſumma præſtanda erit, quæ definita eſt in hac re legibus; ut in *d. L. 7. & L. 11.*

15 Cur ergo creditori † non licet exigere æſtimationem totam militiæ, & militiam a ſucceſſore perſequi? Quia vetus militia, quæ ante obligata erat, iam nulla eſt: morte enim militantis eſſe deſiit, & ut dicitur in *d. L. 11.* vacare cœpit, utpote perſonæ defuncti cohærens. Quapropter militia ſucceſſoris nova eſt; quæ ideo nec iure pignoris poteſt a creditore vindicari. At quod pro militia vacante præſtari debet, id quodammodo prioris militiæ pars & commodum eſt, proinde etiam ad veterem hypothecam pertinere intelligitur.

16 Hæc † vero ſumma, atque hoc commodum, quod pro militia vacante præſtari debet, eſt id, quod Iuſtinianus appellat res, ſive commoda ex caſu, vel ea, quæ ſimpliciter appellantur ex caſu *in Nov. de exhib. reis. §. optimum*, verſ. *propterea*. Et recte ex caſu. Sunt enim illa commoda & præſtationes ex caſu militiæ, idest, ex eo, quod militantis morte militia caduca facta eſt, ſeu, ut loquitur *L. 11. de prox. ſac. ſcrin.* ex eo, quod militia vacavit militantis morte: qui *caſus* recte dicitur, quemadmodum deficiente herede, aut legatario hereditates & legata *caduca* appellamus. De his autem commodis loqui Iuſtinianum ſuperiori conſtitutione, ex eo manifeſtum eſt: quod de mortuo militante loquitur, & cavet, quomodo, & quibus tribuenda ſint ea, quæ pro militia defuncti præſtantur ab heredibus vel aliis. Mortuo autem militante militia heredibus eius non tribuitur, ſed aliquid pro ſolatio militiæ caducæ, ut ſupra oſtendi. † Ex quo apparet erra- 17
re eos, qui ex ea conſtitutione colligunt eſſe aliquas militias, quæ dicantur ex caſu; verumque eſt, quod Cuiacius ſcripſit ad eam Novellam, nullam eſſe militiam ex caſu. Et certe ſi ex eo loco id tantum probari volunt, res eſt expedita. Non enim de militia illic agitur, ſed de iis, quæ dantur ex caſu, ſive propter caſum militiæ: quaſi dicas propter cadentem, aut caducam factam militiam idest amiſſam, & morte vacantem. Res etiam ipſa loquitur, non poſſideri militiam ex caſu, niſi ideo, quia militia caſu obtineatur, nempe vel morte alterius vel emptione. Quo ſenſu omnes militiæ ex caſu dici poſſint. Immo vero omnes acquiſitiones, & omnia iura rerum noſtrarum: quia nulla ſint, quæ non vel morte, vel emptione, vel alio ſimili caſu nobis obtingant † Sed quæritur cir- 18
ca hunc locum, adverſus quos agat creditor, ut hæc commoda, quæ pro militia defuncti dari ſolent, conſequatur. Aget adverſus ſucceſſores qui militiam obtinent; eritque in eam rem hypothecaria actio, qua teneatur adhuc militia, ſolum ut id commodum, quod ſucceſſor debuit, pro militia præſtet creditori. Quid ſi ſucceſſor iam id commodum ſolvit defuncti heredibus, aut ſimilibus perſonis? nihilominus adhuc tenebitur creditori; quia quod aliis ſolvit, indebitum ſolvit, cum id præſtare deberet creditori. Proinde hactenus ſaltem tenebitur, ut condictionem indebiti, quam habet, creditori cedat: ſed non longius. Quiſquis enim ideo tenetur, quia actionem habet, eam actionem cedendo liberatur, *L. quod debetur, D. de pecul.*

Auth. *Quod obtinet*.

Quod obtinet, si ad hoc mutuaverit pecuniam, ut militia emeretur: alioqum filii, aut uxor defuncti omnibus præponentur. Sed & si nullus prædictorum fuerit, tunc aliis creditoribus hoc damus.

S U M M A R I U M.

1. *Ad militiam viventis hominis hanc* auth. *non pertinere; sed tantum ad commoda, quæ mortuo militante pro militia vacante præstari solent, & quæ hic Iustiniani constitutio.*

QUA parte ad superiorem constitutionem pertineat hoc fragmentum, sic intelligitur. Superiore constitutione duo constituuntur, quæ itidem ad sententiam huius fragmenti referri possint. Prius est, militiam quæ pignori obligata est, iure creditori teneri, quamdiu militans vivit. Alterum, mortuo militante creditorem id persequi posse, quod pro militia solatii loco præstari debet. Prius de hypotheca militiæ viventis hominis non mutatur ullo modo Novellis constitutionibus Iustiniani. Sive enim debitor generaliter res suas obligaverit, sive specialiter militiam: semper militia ab eo quæsita obligata erit. Tantum in eo hoc effecit Iustinianus, ut mulier in ea hypotheca præferatur creditori, nisi creditor nominatim pecuniam suam crediderit in hoc, ut ea militia emeretur; effectum hoc est *Nov. de æqual. dot.* §. *quia vero & huiusmodi*. In quo superiorem constitutionem magis confirmat de hypotheca militiæ. Neque adversatur *Nov. de exhib. reis, in* §. *optimum*. Non † enim illic
1 loquitur Iustinianus de militia viventis, sed defuncti. Alterum, quod pertinet ad ea commoda, quæ pro militia defuncti dari debent, mutatum est a Iustiniano *in d. Nov. de exhib. reis*, §. *optimum*. Nam cum ex superiore constitutione creditor possit illa exigere, ubi illi obligata sunt bona debitoris: constitutum est postea a Iustiniano, non aliter hæc commoda ab uno aliquo creditore exigi posse præter cæteros, nisi nominatim pecuniam crediderit in hoc, ut ea militia defuncto emeretur. Quod si creditor non fecit: contempta priore hypotheca voluit Iustinianus hæc commoda dari primum filiis defuncti, si qui sint, deinde uxori: idque ex beneficio principis, non iure hereditatis. Quod si neque filii sint defuncti, neque uxor: voluit hæc commoda non ad unum aliquem creditorem pertinere, sed tribui omnibus creditoribus defuncti. Ex quo apparet Iustinianum, vacante militia facta iudicasse militiam evanuisse, proinde & hypothecam: commoda autem, quæ pro ea militia præstari solent, magis principis existimari debere, quam privati. Ideo caussam fuisse, cur isto ordine attribueret suprascriptis personis. Ad hanc vero sententiam exprimendam recte accommodabitur hoc fragmentum auth. *quod obtinet*. Cæterum ad priorem illam partem hypothecæ viventis non pertinet.

AD TITU-

AD TITULUM XV.

COD. IN QUIBUS CAUSSIS PIGNUS, VEL HYPOTHECA TACITE CONTRAHITUR.

Vide; quæ scripsi sub hoc Titulo in Methodo huius argumenti.

AD TITULUM XVI.

COD. SI ALIENA RES PIGNORI DATA SIT.

Huius tituli explicationem require ex Methodo, partim sub Titulo; *Qui rem pignori dare possint:* partim Titulo sequenti; *Quæ res pignor. obligari possint*, ubi de iure rei alienæ pignori datæ disserui.

AD TITULUM XVII.

COD. QUÆ RES PIGNORI OBLIGARI POSSINT, VEL NON: ET QUALITER PIGNUS CONTRAHATUR.

Ad priorem partem huius tituli, de rebus quæ pignori obligari possint, vel non pertinent, ordine *L.* 3. & quinque sequentes: ad alteram, quæ est de conventione pignoris, pertinent tres reliquæ, idest, *L.* 1. 2. *L. ult.* Priorem partem, & in hac superiora rescripta sex exposui in Methodo, partim sub eodem Titulo, partim Titulo, *An in omnibus rebus, quæ sunt in bonis, consistat pignoris obligatio*, nonnulla hic attingam. Alteram partem require ex *L. ult. hic*.

Ad L. Cum constet. 2.

Impp. Severus & Antoninus AA. Rogato.

Cum constet, pignus consensu contrahi: non dubitamus, eum qui emptiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse. PP. V. Kal. Iul. Apro & Maximo Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Instrumentis pignori datis res contentas pignori datas videri, & unde hæc sententia colligatur.*

Emptionibus prædiorum (id est, emptionum prædiorum instrumentis, ut in *L.* 1. *infr. de don.*) pignori datis, vo-
1 lunt † Imperatores ipsa prædia obligata videri. At enim constat, cum quid specialiter pignori datur, non aliud quidquam pignori esse, quam de quo nominatim convenit, *L.* 1. *D. de pig. L.* 3. *D. quæ res pig. ob. pos.* Et hoc fatentur Imperatores. Sed eum, qui emptiones, seu instrumenta emptionum prædiorum pignori dedit, respondent de ipsis agris obligandis cogitasse: proinde & consensisse: constare autem pignus consensu contrahi. Ar verba refragantur, dicet aliquis: nominatim enim emptiones pignori datæ sunt, non prædia. Et hoc rescripto monemur, non verba spectanda esse, sed sententiam.

Sententia partim ex consuetudine sermonis, partim ex proposito contrahentium intelligitur. Constat usu loquendi, continens pro contento poni solere; emptiones praediorum pro praediis, quae emptione continentur. Unde illa: chirographis venditis aut legatis, non tabulas chirographorum venditas aut legatas esse; sed nomen quod chirographo continetur. *L. qui chirographum, D. de legat.* 3. *L. si servum filii, §. eum qui, de legat.* 1. Item emptionum praediorum instrumentis donatis, ipsa praedia videri donata. *L.* 1. *infr. de don.* Consuetudo porro loquendi, cum de mente loquentis quaeritur, in primis spectanda est. *L. si servus,* 50. *ult. D. de legat.* 1. Sed & propositum eorum, qui quid caveant, hoc esse intelligitur, ne frustra caveant. *L. si quando, D. de legat.* 1. Et quae potest utilitas instrumentorum traditorum esse, si in his sola ipsorum, ac non eorum, quae his causa sunt, traditio intelligitur.

Ad L. Nomen. 4.

Imp. Alexander A. Evocato.

Nomen quoque debitoris pignorari & generaliter & specialiter posse, iam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit, solvit, nondum certior a te obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur: quatenus tamen ipse debet. PP. pridie Kal. Martii, Fusco II. & Dextro Coss.

S U M M A R I A.

1. *Nomine pignori dato actiones datas videri, quae danti competerent, easque transferri in creditorem, sed utiles, easdemque in personam.*
2. *Qui nomen pignori dedit, si concurrat adversus debitorem cum eo, cui nomen pignori datum est, accipientem danti esse praeferendum.*
3. *Debitorem cuius nomen pignori datum est, creditori suo solventem, nihilominus ei cui nomen datum est, teneri tribus casibus, & quibus: extra hos solventem liberari, quamvis non ignoret nomen suum pignori datum.*
4. *Pignore pignori dato, si ei cui datum est, solutum sit quod debebatur, quando & quatenus liberetur primus creditor, qui pignori dedit.*

1 NOmen † pignori dari potest, ut hic traditur, & *L. postquam, supra, de hered. vel act. vend.* Nomen est, id quod nobis debetur, sive id, quod est in actionibus. *L. qui chirographum, D. de legat.* 3. Vis huius pignoris est haec, ut quemadmodum creditor qui nomen pignori dedit, pecuniam a debitore suo exigere potuisset, si vellet: sic possit & is creditor, cui nomen pignori datum est, etsi dominus non sit illi obligatus, *L. si convenerit, D. de pact.* Quibus ergo actionibus id consequetur creditor, cui nomen pignori datum est? Utilibus, ut hic scriptum est, & significatur in *d. L. postquam, sup. de her. vel act. vend* Quas vero utiles hic intelligimus, utrum hypothecariam actionem, quae de pignore constituta est iure civili, an vero actionem in personam adversus debitorem, cuius nomen pignori datum est? Et hypothecariam intelligere non possumus. Haec enim possessionem pignoris avocat. *L. si cum venditor, 2. resp. D. de evict. L. si fundus, §. vindicatione, D. de pig.* Nomen autem ius est, cuius nulla est possessio: & si esset, ea esset penes creditorem, non penes debitorem. Restat igitur, ut utilem actionem hic interpretemur actionem in personam, qualem creditor debitoris adversus debitorem suum haberet. Exempli gratia, si quis mutuum dederit, condictionem certi habet ex causa mutui. Haec vero creditori creditoris summo iure competere non potest adversus eum debitorem, cum quo creditor secundus nihil contraxit: cum omnis actio in personam sit adversus eum, qui nobis obligatus est. *L. actionem D. de ob. & act.* Et ideo creditori, cui nomen pignori datum est, directa non datur. Sed datur utilis: quasi creditor debitoris actionem, quam adversus eum habet, in creditorem suum transtulisset. Ergo creditor, cui nomen pignori datum est, recte pecuniam exiget a debitore, cuius nomen pignori datum est. † 2 Quid si debitoris creditor concurrat, & velit prius sibi solvi: Dicemus credito-

rem,

rem, cui nomen pignori datum est, vero creditori præferendum, posteaquam utiles actiones habere eum effectum est, *L. procuratore in rem suam dato, D. de pro-*
3 *cur.* † Quid, si debitor cuius nomen pignori datum est, creditori suo solverit? Nihilominus tenebitur ei creditori, cui nomen pignori datum fuit: si ab eo certior factus de pignore sibi dato, nihilominus creditori suo solverit, ut hic significatur. Ex quo intelligimus, multo magis eius debitorem teneri creditori creditoris sui, si secundus iste creditor cum debitore litem sit contestatus, aut etiam iam partem debiti ab eo acceperit, ut declaratur in *L. 3. inf. de novat.* Quod si debitor a creditore creditoris sui non admonitus creditori suo solverit, impune solverit; quia iusta ignorantia ei nocere non debet, *§. recte, Inst. de mand.* Quid, si is debitor sciverit nomen suum pignori datum esse; neque ei quidquam denuntiatum sit ab eo creditore, cui nomen pignori datum est; an impune creditori suo solvet? Impune: quia & hoc rescriptum, *& L. 3. inf. de novat.* denuntiationem exigunt eius, cui nomen pignori datum est. Nec obstat, quod in *L. 1. in fin. D. de act. empt.* dicitur, eum certiorandum non esse, qui non ignoravit. Nam hoc tunc locum habet, cum denuntiatio & certioratio alicuius ideo solum exigitur, ut is, cui denuntiatur, sciat rem gestam esse. Sic enim eum, qui aliter novit rem gestam esse, superfluum sit amplius de ea re admoneri. Nunc autem in proposito denuntiatio creditoris exigitur, non ut debitor sciat nomen suum pignori datum esse; sed ut sciat creditorem, cui nomen pignori datum est, sibi solvi velle: quod iuste ignorat debitor, priusquam illi a creditore secundo sit denuntiatum. Neque vero debitori vitio verti debet, si creditorem secundum non adiit, & rogavit, num sibi solvi vellet: non enim debuit debitor in re aliena esse curiosus, ut bene præcipitur in *L. doli, in fin. D. de donat.* Quid si debitor solvit creditori, cui nomen pignori datum erat? Solutionis hæc vis est, ut debitor liberetur non tantum a creditore, cui nomen pignori datum est; sed etiam a creditore suo, cui pecuniam non numeravit. Solutione namque eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mo. tol. obl. in prin.* Soluta autem pecunia intelligitur, sive debitor solverit creditori suo, sive alii voluntate creditoris, quod hic factum est, *L. solutam, D. de solut.* Et hoc est, quod dicitur in *L. si convenerit, D. de pig. act.* cum debitor, cuius nomen pignori datum est, solvit ei creditori, cui datum est, prætorem eum tueri debere adversus creditorem suum.

Quod † attinet ad creditorem primum, 4
qui nomen pignori dedit, interdum is ea solutione liberatur, interdum non liberatur. Liberatur, si pecunia debebatur, quæ soluta est. Sic enim fit, ut creditor secundus eam pecuniam secum pensare debeat. Unde & is creditor, qui nomen pignori dederat, compensatione liberabitur. Idem debitor non liberatur, si species & corpus certum debebatur, quod solutum est: nam hac præstatione non solvitur creditori, cui nomen pignori datum erat: propterea quod aliud pro alio invito creditore solvi non potest. *L. 2. §. 1. D. si cer. pet.* Sed ea res erit creditori pignoris loco: hæc est sententia *L. si convenerit, D. de pig. act. L. grege, §. 1. in fin. D. de pig.*

Ad L. Spem. 5.

Idem A. Septimio.

Spem eorum præmiorum, quæ pro coronis athletis pensitanda sunt, privata pactione pignerari minime admittendum est, & ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet. PP. Kal. Maii. Maximo II. & Paterno Coss.

S U M M A R I A.

1. *Sacra certamina, Athletæ, Athletarum præmia, & præmiorum caussæ.*
2. *Horum præmiorum spem pignorari non potuisse, & cur spem, dictum sit, non ipsa præmia.*
3. L. Commodis. D. de re iud. *exposita.*

1 FUisse † apud veteres Græcos certamina quædam sacra constat, in quibus certabant, qui ab illis dicebantur athletæ. De quibus videre est apud Budæum *in anno-*

annotationib. ad Pandectas. Existimabant illi, ad Rempublicam & cultum Deorum suorum pertinere, si haberent egregios athletas, qui in honorem Deorum fortiter certarent. Et quo magis id facerent, victoribus proposita erant coronæ, quæ dicuntur sacræ in *L. commodis, D. de re iud.* pro coronis præmia & commoda, quæ publice deinde his pensitabantur, quæ significantur in *hac L. 5. & in d. L. com-*
2 *modis*. † Spes eorum præmiorum hic prohibetur pignorari. Prohibendi ratio fuit, quia præmia publice constituta erant, ut excitaretur athletarum virtus. Hanc necesse erat debilitari, si pignus istorum commodorum admitteretur. Nam hoc recepto non erant laboratori, ut vincerent, cum scirent etiam post victoriam se præmiis victoriæ non fruituros: utpote quæ redirent ad creditores iure pignoris, non ad ipsos. Et notandum est, prohiberi obligari spem præmiorum, non ipsa præmia, ut intelligamus, futura præmia & nondum quæsita ante victoriam pignorari non posse; præsentia & iam quæsita posse, quia in his, quæ iam quæsita sunt, cesset superior ratio. † Et hoc est, quod dicitur 3
in *d. L. commodis, D. de re iud.* ea commoda pignori capi posse, quæ athletis præstantur pro coronis sacris. Recte *quæ præstantur*, ut intelligamus id dici de quæsitis, quæ sola iam nunc præstari possunt, non de spe præmiorum futurorum. Quæ de his præmiis athletarum dicuntur hic, recte transferentur ad ea stipendia, quæ publice constituta sunt vel militibus, vel magistratibus, vel professoribus liberalium artium: si modo ea constituta sint, non ordini & personæ tantum, sed iis, qui recte suo munere fungentur, ut certantibus scilicet proposita sint præmia.

Ad L. Qui Filios. 6.

Impp. Diocletian. & Maximian. Augusti & CC. Rufo.

Qui filios vestros, vel liberos homines pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione se iuris circumvenit: cum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere, nisi in his, quæ quis de bonis suis facit obnoxia. S. Kalend. Maiis, Heracliæ, AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Liberum hominem pignori dari non posse. Si datus sit, quæ accipientis pœna.*

2. *Liberi hominis pignus duabus in caussis receptum, & quibus.*

1 SI solæ † res pignori obligari possunt, quæ sunt in bonis, ut solæ possunt. *L. quæ prædium, sup. prox. tit.* recte colligitur hoc rescripto in libero homine pignoris obligationem consistere non posse, ne si pater quidem filium pignori dederit. Constat enim liberum hominem in bonis & commercio non esse. *L. 6. in pr. D. de contr. empt.* Sed etsi frustra detur liber homo pignori: tamen iure ita prohibetur accipi, ut si acceptus sit, quanvis inutiliter, non sit impune. Nam qui vel filiumfamilias a parente pignori acceperit, in eum pœna iam olim constituta est, ut relegetur. *L. ult. D. hoc tit.* Addit postea ad hanc pœnam Iustinianus, ut hoc casu etiam creditor & debito cadat, & alterum tantum libero homini, qui pignoratus est, aut parenti eius inferre cogatur. *Novell. ut nul. iud. §. quia vero & huiusmodi.*
2 Sciendum † est tamen singulari iure in liberis hominibus duabus in caussis pignus receptum esse. Primum, cum pater filium aut filiam ob extremam famem pignori obligavit. Nam in hac specie permissum est patri filium etiam vendere, hoc in *L. ult. sup. de patrib. qui fi. distr.* Quod si pater in hac specie filium vendere potest; multo magis poterit pignori obligare. Plus enim est vendere, idest, quodammodo totum in alium transferre, quam pignori solum obligare. Non debet autem cui quod plus est licet, quod minus est, non licere. *L. non debet cui, D. de reg. iur.* Id quoque efficitur ea regula, qua traditur, quæ emptionem & venditionem recipiunt, ea & pignorationem posse recipere. *L. 9. D. de pig.* Præterea in quovis libero homine, qui redemptus sit ab hostibus, pignus tacitum redemptori datum est in eum, qui redemptus est, donec pretium redemptionis redemptori solvatur, aut donec per quinquennium redemptus redemptori operas præstiterit. De hoc

hoc genere pignoris est in *L. 2. & in L. ult. inf. de postlim. rever.* Esse autem hoc pignus in liberum hominem ex eo intelligimus, quod redemptus statim fit liber, ut suprascriptis locis declaratur. Et certe ideo redimitur ab hostibus, ut ne fit amplius servus. Sed quoniam iniquum erat redemptori pretium redemptionis non præstari; & præterea etiam periculose constituebatur adversus omnes captivos, si quis non moveretur ad eos redimendos: ob eam caussam consultum est ita redemptori, ut redemptus donec pecuniam solvisset, maneret in potestate redemptoris: sic enim hæc potestas appellatur in *L. qui testamento. §. 1. D. qui testam. fac. poss.* Sed hactenus in potestate: ut tamen non esset in dominio redemptoris, denique non esset redemptoris servus; hoc vero ius non aliter appellari potuit, quam ius pignoris.

Ad L. Exsecutores 7.

Imp. Constant. A. ad universos provinciales.

Exsecutores a quocunque iudice dati ad exigenda debita ea, quæ civiliter poscuntur, servos, aratores, aut boves aratorios, aut instrumentum aratorium pignoris caussa de possessionibus non abstrahant, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor, aut creditor, vel præfectus pagi, vel vici, vel decuria in hac re fuerit detectus: æstimando a iudice supplicio subiugetur. Dat. III. Non. Iun. Sirmii, Constantino A. & Licinio Coss.

Ad L. Pignorum. 8.

Impp. Honorius & Theodosius AA. Probo *com. sac. larg.*

Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit. Dat. VI. Id. Iun. Constante & Constantio Coss.

Auth. *Agricultores.*

Agricultores circa rem rusticam occupati, dum villis insident, dum agros colunt, securi sint in quacunque parte terrarum: ita ut nullus inveniatur tam audax, ut personas, boves, & agrorum instrumenta, aut si quid aliud sit quod ad agrorum operam rusticam pertineat, invadere, aut capere, aut violenter auferre præsumat. Si quis autem huiusmodi statutum ausu temerario violare præsumpserit, in quadruplum ablata restituat; & infamiæ notam ipso iure incurrat, imperiali animadversione nihilominus puniendus.

S U M M A R I A.

1. *Res ad culturam agrorum necessariæ quæ.*
2. *Eas ab agricolis pignori sponte traditas iure teneri.*
3. *Conventione obligatas ita teneri, ut vendi possint; sed tantum iis, qui in eadem possessione ad agros colendos utantur.*
4. *Villico eiecto, aut possessione eius vendita, obligatas eius res omnibus vendi posse.*
5. *Et tunc pignoris iure vendi posse omnibus res culturæ necessarias, cum agricola nullas alias in bonis habebit.*
6. *Casus quatuor summatim comprehensi, quibus res agricolæ ad culturam necessariæ utiliter pignori dari possint.*

HIS constitutionibus tribus ob eandem utilitatem publicam constitutum est, ne res ad culturam agrorum necessariæ, quæ † indicantur in *L. exsecutores*, pignori capiantur. In quibus constitutionibus diligenter observandum est, illarum 1

rerum

rerum non præcise vetari pignus, sed prohiberi, ne ipsæ res abstrahantur de possessionibus, ex quo tributorum pensitatio retardetur: sic enim verba sunt *L. exsecutores*. Vetant igitur constitutiones eas res
2 pignoris iure auferri. Unde † intelligimus, si agricolæ eas res sponte sua pignori dederint, pignus consistere. Non enim aufertur, quod quis volens tradit. Id confirmatur in *Novell. nullum credentem*
3 *agricolæ circ. med.* Deinde † vetant constitutiones auferri istas res de possessionibus. Ex quo rursum colligimus, etsi istæ res pignori tantum obligatæ sint creditori, neque traditæ, tamen pignus non inutiliter constitui. Nam a creditore vendi possunt; dummodo iis vendantur, qui in eadem villa, in eadem possessione istis rebus ad agros colendos utentur. Sic enim fiet, ne res istæ auferantur de vetere possessione, quod ad sententiam legis satis
4 est. Sed † etsi villicus eiectus sit a domino ex possessione, aut villici possessio vendita, ut iam agrum colere non possit, constitutiones hæ non sunt impedimento, quo minus res ad culturam agri necessariæ illi auferantur. Nam de possessione non aufertur, quod in possessione non fuit: neque isto facto impeditur cultura agri, cum etsi agricolæ hæ res non auferrentur; tamen agrum non coleret, ex
5 quo expulsus est. Quid, si agricola † in vetere possessione manebit, ne res ad culturam agri necessariæ ibi vendi possint; veruntamen agricolas nulla alias res in bonis habeat: an ne sic quidem hæ res pignoris iure a creditore capi poterunt? Et verba quidem harum constitutionum scripta sunt simpliciter, ne hæ res pignoris iure auferri possint: ut videantur etiam hoc casu auferri non posse. Sed æquius est dici, hoc casu eas pignori capi posse, & distrahi, ut creditori satisfiat, ut de stipendiis significatur in *L. stipendia, sup. de exsec. rei iud.* Huius rei argumentum hoc erit. Nam & ipse agricola, qui solvendo non est, capi potest, & in carcerem detrudi; neque aliter carcerem evitat, quam si bonis cesserit. *L. 1. sup. qui bon. ced. poss.* Multo igitur magis res eius quælibet pignori capi poterunt, etiamsi solvendo non esset. Probabiliter hoc dicitur, etiamsi harum constitutionum verba generalia sint: sed verba æquitate, & aliis locis similibus temperanda sunt. arg. in *L. non sine*, illic, *quamvis ergo*, sup. *de bon. quæ lib.* Ex † his colligimus in 6
summa, res agricolæ ad culturam agri necessarias, quatuor casibus utiliter pignori dari. Primum, si a volente agricola tradantur creditori. Deinde si a creditore vendantur ita, ut in eadem possessione maneant ad opus ruri faciendum. Præterea si agricola agrum colere desierit vetere possessione eiectus. Postremo, si nullas alias res habebit, ex quibus creditor ad ius suum pervenire possit.

Ad L.

Ad L. Si quis. ult.

Imp. Iustinianus Auguſt. Mennæ *Præfecto prætorio*.

Si quis in cuiuſcunque contractus inſtrumento ea verba poſuerit, Fide & periculo rerum ad me pertinentium; *vel*, per earum exactionem ſatisfieri tibi promitto: *ſufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in præſenti debitor habet, quam futurarum hypothecam, ſancimus: nec ex prioribus ſanctionibus minus habere ſpecialis hypothecæ memoriam videri: cum ſit iuſtum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inſpicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conſervandam contrahentium voluntatem ſancimus, ut ſi res ſuas ſupponere debitor dixerit, non adiecto;* Tam præſentes quam futuras; *ius tamen generalis hypothecæ etiam ad futuras res producatur. Dat. III. Id. Decemb. Conſtantinop. DN. Iuſtiniano. A. PP. II. Coſſ.*

SUMMARIA.

1. *Obligatione bonorum ſeu rerum ſuarum generali contineri præſentia bona, & futura: & hoc quam recte.*
2. L. ſi ita, D. de aur. & arg. leg. *expoſita. Res ſuas ſi quis legat aut donat, nihil amplius legatum aut donatum videri, quam res præſentes; ſi pignori obligat, contineri etiam futuras, & differentiæ ratio.* ibidem.
3. *Obligatione generali pignoris non contineri, quæ ſunt in uſu quotidiano, & res ad affectionem pertinentes: & quænam hæ ſint.*
4. *Hoc, niſi debitor alias res nullas habuerit in bonis.*
5. *Obligatione generali contineri etiam eum pecuniam mutuam in quam debitor bona ſua pignori obligavit.*
6. *Obligatione generali ſervos contineri, ſi manumittantur, poſtea non contineri, & cur.*
7. *Obligatione generali eximi res conſenſu creditoris ſemel alienatas, quamvis iterum ad debitorem redeant.*

1 QUI † pignori obligavit res ſuas, vel bona ſua, uno verbo intelligitur in obligationem deduxiſſe res ſuas omnes, non tantum, quas habet in præſentia, ſed etiam quas poſtea in bonis habiturus eſt. Cautum hoc loco: & recte. Hæc enim vis eſt generalis verbi, ut quoniam in genere ſpecies omnes continentur, ideo verbo generali res omnes eo verbo comprehenſæ tam contineantur, quam ſi ſpecialiter expreſſæ eſſent. *L. ſemper ſpecialia generalibus, D. de reg. iur. L. ſi ſervitus, D. de ſer. urb. præd.*

2 Sed † hoc, niſi quid ſententia loquentis refragetur. Quo pertinet reſponſum Pauli in *L. ſi ita, 7. D. de aur. & arg. leg.* ubi ille de futuris rebus videtur diſſentire. Ait enim in hoc legato, *veſtem meam, argentum meum heres dato*, hac demonſtratione *Meum* præſens, non futurum oſtendi. Sed hoc ille reſpondet in eo genere legati, non utique ex ſignificatione orationis, ſed ex legantis ſententia. Significatio ſi ſpectatur, *Mei* appellatio non minus futuris rebus, quam præſentibus convenit. Nam uſu loquendi ex æquo recte dicimus, *ſervum, qui meus eſt*, & *ſervum, qui meus erit*. Sed in hoc legato, *Veſtem meam, argentum meum lego*, non videtur teſtator de futura veſte, de futuro argento ſenſiſſe. Ideo neque hæc ex mente teſtatoris in hoc legato oſtenduntur. Et generaliter definiemus, quoties quis legat donatve res ſuas, nihil amplius legatum, aut donatum videri, quam res præſentes. Quod ſi ſententia loquentis non repugnabit, hoc tenebimus, eum qui res ſuas nominet, eo verbo omnes res ſuas complecti tam præſentes, quam futuras. Quod in eo accidit, qui res ſuas dat pignori. Quæ diſtinctio ab omnibus recepta eſt. Differentiæ ratio hæc eſt, quod cum quis res ſuas pignori dat, eadem cauſſa eſt, cur res futuras obligatas velit, propter quam obligantur præſentes. Nam præſentes obligat pignori, ut creditori cautum ſit. At cautionis æquitas quæ exigit, ut creditori omnimodo cautum ſit, hoc poſtulat, ut ei cautum ſit omnibus rebus debitoris, tam futuris, quam præſentibus. In rebus autem donandis & alienandis longe diverſa cauſſa eſt, cur quis præſentes datas velit, quam cur velit futuras, & nondum quæſitas. Qui legat præſentes, & eas quas novit, ideo legat; quia iudicat legatarium hactenus de ſe meritum eſſe. Hac enim de cauſſa quid legatur, *L. nec adiecit, D. pro ſoc.* Hoc vero de futu-

futuris statuere testator non potest. Nam qui dignus est centum aureis, non continuo dignus est mille.

At fieri potest, ut mille, aut bis mille testator postea acquirat. Quid autem, aut quantum acquisiturus sit, ignorat: Sententia igitur, ut dixi, & voluntas domini facit, ne verbo *Meum* res futuræ contineantur; non autem verbi significatio. Secundum hanc vero etiam futuræ continentur, a qua nunquam recedendum est, nisi ubi manifestum est aliud sensisse contrahentes. *L. non aliter*, *D. de legat.* 3. quod non sit in pignore.

3 Sed † etsi generalis obligationis hæc vis sit, quam diximus, tamen quædam excipiuntur. Ac primum generali obligatione placet non contineri ea omnia quæ verisimile est debitorem specialiter pignori daturum non fuisse. *L. obligatione*, *D. de pig.* Huius generis duæ species habentur. Quædam sunt res, quæ sunt debitori in usu quotidiano, & necessariæ, hæ non continebuntur; quales sunt, vestis, supellex, artifici instrumenta artis, militi arma, studioso libri, agricolæ boves, iumenta, & instrumenta aratoria. *d. L. obligatione, in fin.* & *L. seq.* Aliæ sunt res, quæ ad affectionem debitoris pertinent, neque hæ continebuntur. In quo genere numerantur servi, filii naturales, concubinæ, alumni, & similes personæ *L. denique*, *D. de pig.* *L.* 1. *supr. h. t.* Quæsitum est an hæ obligatione pignoris non contineantur, etiamsi debitor alia bona non habeat? Et si debitor, cum res suas obligavit, alias res in bonis habuit præter superiores, hæ non continebuntur. Nam hæ a principio obligatæ non sunt, ut docuimus. Quare nec ex eventu obligabuntur, quanvis debitor alias res habere desierit. Hic enim ab initio obligatio certam legem & conditionem accepit. Hæc ex eventu non mutabitur invito debitore.

4 *L. vero* 11. *§.* 1. *D. de sol.* Quod † si debitor ab initio nullas alias res habuit: puto superiores istas obligatione generali contineri: alioqui obligatio esset inutilis. Quoties autem id metuimus, semper id agendum est, ut videatur obligatio aliquid egisse. *L. quoties in stipulationibus*, *D. de ver. obl.* *L. quoties*, *D. de reb. dub.*

5 Etiam † hoc loco quæsitum est, an obligatione generali pignoris contineatur etiam pecunia, quam debitor mutuam accepit, & propter quam res suas obligavit. Plerique putant non contineri. Et moventur argumento, *L. pen. §. ult. D. de pign.* ubi scriptum est, obligatione generali contineri eam pecuniam, quam debitor postea ab alio mutuam accepit. Quasi non sit obligata ea, quam acceperat ab eodem creditore. Ego autem existimo etiam hanc pecuniam pignori esse eiusdem illius loci argumento. Nam Paulus inquitur quidem illic de pecunia, quam debitor ab alio mutuam accepit: sed cur hæc pecunia obligatione generali contineatur, hanc rationem reddit; quia in bonis debitoris facta sit. Ergo hac ipsa ratione & illa pecunia pignori obligabitur, quam a suo creditore accepit. Nam & hæc in bonis debitoris cœpit esse: siquidem rei mutuæ dominium in accipientem transfertur. *Instit. quib. mod. re contr. obl. in pr.* Pro qua sententia facit *L. idemque in fin. D. qui pot. in pig. hab.* ubi scriptum est indefinite nummos debitoris, qui generaliter bona sua obligavit, pignori esse obligatos. Neque quidquam illic distinguitur, unde nummi profecti sint. Secundo † loco obligatione generali non continentur servi debitoris, si ab eo manumissi sint. 6 *L.* 3. *supr. de ser. pig. dat. man. arg. L. est differentia*, *D. in quib. cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Hic occurret aliquis. Nam quomodo hi generali obligatione non contineantur? Non manumissos obligatione contineri constat. Quidni ergo contineantur & manumissi? Certi enim iuris est, debitorem in pignore non posse facere ulla alienatione sua creditoris conditionem deteriorem. *L. debitorem*, & *L. distractis*, *supr. de pig.* Id fit hoc modo. Nam qui manumissus non est, ideo obligatione contineri intelligitur; quia interpretamur hanc speciem genere contineri. Manumissus non continetur; quia interpretari incipimus eum nunquam antea obligatum pignori fuisse favore libertatis. *L. libertas omnib. D. de reg. iur.* Secundum hanc interpretationem non videtur debitor conditionem creditoris deteriorem facere, si eum manumisit, qui obligatus non habebatur. Postremo † obligatione generali pignoris non continentur 7 eæ res debitoris, quæ postea voluntate & consensu creditoris alienatæ sunt. Non dico, si in eodem statu semper maneant. Nam hoc modo alia ratione hæ res non continerentur obligatione generali: propterea quod non sunt ex bonis debitoris. Sed hoc amplius dicimus, etiam si eædem illæ res postea iterum debitori quæsitæ sint ex iusta caussa; tamen in obligationem pignoris non redire; quasi pignus ab initio remissum sit, non tantum in præsens tempus, sed etiam in futurum. Effectum hoc est constitutione Iustiniani *L. ult. inf. de remiss. pign.*

AD TITU-

AD TITULUM XVIII.

COD. QUI POTIORES IN PIGNORE HABEANTUR.

QUI ex creditoribus in pignore potiores sint, comprehensum est regula iuris, quæ traditur in *L.* 2. *infr. hoc tit.* In cuius regulæ explicatione totius fere huius tituli sententia continetur. De ea illic dicemus.

Ad L. Qui pignus. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Secundo.

Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignavit, & deposuit, nec in usus suos convertit. PP. Kal. Febr. Laterano & Rufino Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Creditorem posteriorem posse sibi confirmare pignus adversus priorem, & confirmandi ratio.*

PEndet hic locus ex eo iure, quod de prærogativa creditorum in pignore constitutum est in *L. seq. & similibus.* Nam cum dicitur, ex creditoribus eum in pignore potiorem esse, qui prior est tempore, hoc dicitur: quamdiu prior creditor, cui res pignori obligata est, rem pignoris iure retinere volet, tamdiu posteriori creditori in eo pignore locum non esse. Ita fieri, ut tamdiu pignus illi sit inutile.

1 Hinc † quæstio, possitne aliquo modo secundus creditor sibi confirmare pignus adversus priorem creditorem. Et hic admonemur, posse. Confirmandi autem pignoris hanc esse rationem, si ipse priori creditori pecuniam solvat, aut illo non accipiente pecuniam obsignet, & legitime deponat, neque deinceps ea utatur. Idem traditur in *L. prior, infr. in L. secundum, sup. de pig.* Hæc forma confirmandi pignoris hanc rationem habet. Nam priore creditore remoto, necesse est eum, qui posterior erat, non tam fieri priorem, quam solum iam esse. Removetur autem prior creditor solutione: quoniam solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in princ.* Et obligatione principali sublata etiam liberantur accessiones, ut pignora, *L. in omnibus speciebus, D. de solut.* Quid consequatur posterior creditor superiori confirmatione, idest, in quod debitum sibi pignus confirmet, comprehensum est, *L. secundum, supr. de pig.* ubi diximus. Quid valeat obsignatio pecuniæ, diximus ad *L. creditor, sup.*

Digitized by Google

Ad L. Si decreto. 2.

Imp. Antoninus A. Chresto & aliis.

Si decreto prætoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in caussam iudicati eiusdem fundi pignus occupaverit: iussu eius, qui iure sententiam exsequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet iure qui prævenit tempore. PP. V. Id. Maii. Duobus & Aspris Coss.

S U M M A R I A.

1. *Qui prior est tempore in pignore, potiorem esse iure, quid sit.*
2. *Quibus pignus datum non est, in his nunquam unum altero tempore esse potiorem.*
   Inter chirographarios creditores nullam esse prærogativam temporis. ibidem.
3. *Creditoribus in possessionem missis rei servandæ caussa, nullam alio esse tempore potiorem in prætorio pignore, nisi privilegium habeat.*
4. *Privilegia non ex tempore æstimari, sed ex caussa, quid sit.*
5. *Qui hypothecam habet, omnibus præferri tam chirographariis, tam privilegiariis creditoribus.*
6. *Inter eos, quibus eadem res eodem tempore pignori data est, si simpliciter, pignus dividi concursu; si pro parte, dividi pro portione debiti cuiusque.*
7. *Secundum creditorem soli primo cedere in pignore, adversus omnes alios integrum ius pignoris obtinere.*
8. *Tempore priorem, iure potiorem esse, quid sit.*
9. *Cur potior, qui prius pignus accepit, non item extra pignus, qui prius contraxit.*
10. *Potiorem esse in pignore, qui prius accepit, sine discrimine prioris, aut posterioris pignoris, item favoris caussæ, vel personæ.*
11. *Legatarios etiam pendente conditione legati præferri in pignore prætorio omnibus creditoribus, qui postea pignus, quamvis præsentis debiti caussa acceperint.*
12. *Pendente conditione dici posse deberi, & nihil deberi diversis rationibus.*
13. *Creditores si bona omnibus solvendo non sint, semper legatariis præferri, quamvis pignus nullum habeant.*

IN hoc rescripto præcipue notanda est
regula iuris, quæ traditur de prærogativa creditorum in pignore. Nam hæc,
ut dixi initio, totam fere sententiam huius
1 tituli continet † Regula est huiusmodi:
Cum de pignore duo creditores inter se
contendunt, qui tempore prior est, is potior est iure. Eadem regula expressa in
L. si fundum, seq. Hæc definitio pluribus verbis sic explicatur in *L. licet, & L. diversis, inf.* Quoties duobus pluribusve eadem res diversis temporibus pignori data est, si hi de pignore inter se
contendent: is iure potior erit, qui prius
hypothecam acceperit. In hac definitione
nihil otiosum est. Itaque singula diligenter sunt expendenda. Ergo his definitionibus statuitur prærogativa temporis inter
creditores; sed his conditionibus: Primum,
si duobus eadem res pignori data erit.
2 Recte; † nam inter eos creditores, qui
hypothecam eandem non habent, nunquam quisquam tempore altero potior est.
Inter chirographarios creditores idest, eos,
quibus nihil debetur, nisi ex chirographo,
qui neque hypothecam, neque privilegium
habent; nullius temporis ordo servatur.
Is in suo obtinendo potior est, cui debitor solvit, aut qui prius damnato debi- 1
tore ex caussa iudicati pignus accepit.
Idque nondum bonis debitoris a creditoribus possessis.

Bonis † autem debitoris possessis, quod 3
fit, cum creditores mittuntur in possessionem bonorum absentis, aut se non defendentis, rei servandæ caussa, omnium creditorum conditio par esse incipit. *L. qui autem, §. sciendum, L. pupillus, D. quæ in fraud. cred. alie. sunt.* Sed & cum
unus ex creditoribus postulat in bona debitoris se mitti, & prætor permittit omnibus creditoribus, & in rem permissum videtur. *L. cum unus, D. de reb. auct. iud. pos.* Et hoc ita, nisi aliquis sit ex creditoribus, qui privilegium habeat. Qui
privilegium habeant & quibus ex caussis
disce ex *L. quæsitum, §. ult. & L. seqq. D. de reb. auct. iud poss.* Hoc cum sit,
is præfertur chirographariis creditoribus,
qui privilegium habet. Sed non quia tempore

pore prior sit, sed quia privilegium habeat, etiamsi extremus crediderit.

4 Hoc † enim est, quod dicitur, privilegia non ex tempore æstimari, sed ex caussa. *L. privilegia, D. de reb. auct. iud. poss.* Ex caussa sic interpretandum est: ex ratione propter quam privilegium tribuitur. Nam non omnia privilegia rei tribuuntur, sed pleraque personæ: quale est

5 privilegium fisci. Quod † si quis ex creditoribus hypothecam habebit, is præfertur non tantum chirographariis creditoribus, sed etiam iis qui privilegium habent. *L. eos, inf. hoc tit.* ubi ratio adiuncta est. Sed præfertur ideo, non quia tempore prior sit, sed quia hypothecam habeat solus, quamvis crediderit postremus. Ergo tunc solum prærogativæ temporis locus est inter creditores, cum his eadem res pignori data est.

Non est satis, volumus eamdem rem pignori datam esse diversis temporibus. Quod & satis significatur, cum in priori regula prior & posterior creditor nominatur. Non enim prior est, nisi cui priore

6 tempore hypotheca data est. Hoc † eo exigimus: quia si duobus eadem res simul, & eodem tempore pignori data erit; si quidem simpliciter, singulis in solidum data esse intelligitur, sic ut concursu partes faciant, nisi forte unus possidebit pignus. Nam is in pari caussa potior est iuxta regulam iuris. *L. in pari, D. de reg. iur.* Hæc ad hanc sententiam differit Ulpianus in *L. si debitor, D. de pig.* Quod si pignus datum erit pro parte: singuli creditores in pignore partem habebunt pro portione debiti, *L. si fundus, §. si duo, D. de pig.* Sic fit, ut si prærogativam temporis quærimus, oportet pignus diversis temporibus datum esse.

7 † Sed ne sic quidem prior creditor solus pignus obtinebit, ut nihil relinquatur posteriori creditori; sed tunc solum, cum ambo, quibus pignus datum est, de pignore inter se contendent. Nam si secundus creditor adversus extraneum de pignore agat: sive pignus retinere volet, dabitur ei exceptio ad retinendum; sive pignus persequetur, hypothecariam habet iure pignoris, qua pignus a quovis possessore extraneo auferat. *L. creditor, in pr. D. eo. tit.* Merito; quia etsi secundo loco pignus acceperit, accepit tamen, ut nisi quis iure pignoris illi obstet, necesse sit, eum omnibus superiorem esse in pignore. At si ambo creditores inter se contendent, tum erit prærogativæ locus, quæ hic statuitur, ut qui tempore prior est, is potior sit iure.

Tempore † priorem hic accipimus, qui 8
prior est tempore non credendi, sed hypothecæ accipiendæ, & ut explicatur in *d. L. diversis*, qui prius hypothecam accepit. Potiorem iure intelligimus, potiorem iure pignoris: scilicet ut quemadmodum pignus vindicare posset a quovis possessore, idemque adversus quenvis retinere, si solus esset; ita & possit suo iure adversus secundum creditorem, *d. L. creditor, D. eod.* Hoc amplius, & si pignus distraxerit prior creditor, dominium in accipientem iure transtulerit, ut isto modo nullum plane pignus supersit secundo creditori. *L. 3. D. de dist. pig.* Sed † 9
cur extra hypothecam prior creditor potior non est; in hypotheca is potior est, qui prius hypothecam accepit? Quia extra hypothecam creditor personam tantum debitoris sibi obligatam habet; in bonis eius nihil iuris. Unde creditori actio, quæ dicitur in personam. *L. actionum, D. de obl. & act.* Ita fit ut in bonis debitoris non excludat posteriorem creditorem prior, cum prior in ea bona nihilo plus iuris habuerit: At pignus ius in rem est: quo iure licet creditori & pignus retinere, quod & possidet; & vindicare, quod amisit, aut nondum cœpit tenere. Hoc ius creditori semel quæsitum debitor illi nulla alienatione adimere potest. *L. debitorem, L. distractis, sup. de pig.* proinde nec ulla nova oppigneratione.

Hoc † ius de prærogativa hypothecæ 10
perpetuum est. In quo tamen de his dubitatum est. Primum, nihilne referat, quo modo prior creditor pignus habeat constitutum, ut posteriori præferatur, qui habet alio modo constitutum pignus, de quo hic significatur. Deinde, an nihil intersit in pignore conventionali, utrum priori creditori specialiter eadem res obligata sit, quæ posteriori; an vero generaliter sint obligata omnia bona, de quo in *L. si generaliter inf.* Postremo an nihil favor caussæ, aut personæ secundo creditori prosit, ut priori in hypotheca præferatur, de quo significatur in *L. si fundum, inf.* Et in summa in his omnibus hæc sententia generalis retinetur, eum in pignore potiorem esse, qui prius accepit. Et merito: ob eam caussam, quam paulo ante reddidimus de iure pignoris, quod creditori quæsitum constituto pignore, deinceps ei auferri non potest.

De primo autem hæc species est hoc loco proposita. Testator legavit quibusdam fundum sub conditione, si navis ex Asia veniret. Mortuo testatore legatarii petunt ab herede, ut sibi satisdet legati con-

Digitized by Google

conditionalis nomine ex edicto, toto Tit. *ut leg. seu fideicomm. nom. cau.* Cum non satisdaret heres, ex eodem edicto impetrarunt legatarii a magistratu, ut mitterentur in possessionem honorum defuncti: missi in possessionem venerunt. Hoc modo pignus consecuti sunt, quod praetorium appellatur. *L.* 3. & *L.* 5. *sup. ut in poss. leg. esse lic. L. non est mirum, D. de pig. act.* Exstitit deinde alius creditor vel heredis, vel defuncti, qui adversus heredem iudicio egit, & vicit, & ad exsecutionem sententiae impetravit a magistratu, cuius ea de re iurisdictio erat, ut sibi res debitoris pignori capere liceret, quas postea distraheret, ut est forma iuris. Cepit, & ita pignus quoque illi ex caussa iudicati constitutum est. *L.* 1. *si in cau. iud.* Quaesitum est inter istos, qui ex diversa caussa pignus habent, qui quibus praeferantur.

11 Respondetur † ex regula superiore, legatarios esse potiores, qui in possessionem missi sunt. At hic fuit haec dubitatio, cur non viderentur praeferri debere. Primum, quod legatarii de lucro certant; creditor de damno. Deinde, quod legatarii certant de legato conditionali, ut verba ostendunt, idest, de eo legato, quod nondum debetur. *L. cedere diem, D. de verb. sig.* Creditor vero ex caussa iudicati praesens debitum petit. Nam de alio iudicium esse non potuit. *L. non quemadmodum, D. de iud.* Sed haec nihil obstant, quominus praeferatur qui pignus accepit. Recte enim dicuntur in personalibus actionibus: in hypotheca locum non habent. Semper enim hoc tenendum est, quisquis prius pignus sibi comparavit, ei invito pignus adimi non posse. Quod fieret, si secundus creditor pignus postea nactus priori praeferretur. Sed hic occurritur. Non enim potest legatarius prius pignus habere, quam illi aliquid debeatur. *L. res hypothecae, D. de pig.*

Nunc autem legatariis in proposito legatum debetur sub conditione, ac pendente conditione nihil debetur. *d. L. cedere, de ver. sig.* Proinde nec pendente conditione illis pignus iure constitui potest. † Respondeo: quod dicitur pendente conditione nihil deberi, hanc significationem habet: nihil deberi certo, idest, quod cautum est, non ita deberi, ut certo affirmari possit esse, quod debeatur. Est enim incertum, quia pendet ex eo, an conditio existat: potest autem non exsistere. Sed non ideo absolute verum est per id tempus nihil deberi. Si quidem defecerit conditio postea, recte dixeris etiam in praeteritum nihil unquam fuisse debitum: quod si conditio exstiterit: ex eventu intelligimus retro versus iam a principio quod legatum, promissum, cautumve erat, debitum fuisse. *L. necessario*, vers. *idem Pomponius, D. de per. & com. rei vend.* Quo fit, ut ad id quoque tempus relata hypotheca exinde contracta intelligatur, *L. potior, D. hoc tit.* Sed quanvis legatariis legatum sit pure, quanvis & hi prius hypothecam acceperint, ut hodie ex constitutione Iustiniani his tacita hypotheca data est: videtur tamen adversari *L. ultim.* §. *etsi praefatam, sup. de iur. del.* ubi cautum est, creditores quoslibet legatariis esse potiores: usque adeo, ut ea ipsa, quae iam legatariis data erant, his auferant, ut suum consequantur. † Sed 13 id tunc constituitur, cum bona omnibus solvendo non sunt. Quod cum accidit, prius creditoribus solvendum est, etiamsi hi nullam hypothecam habeant. *L. successores, sup. ad L. Fal.* Neque id huic loco contrarium est: legatarios enim praeferri intelligimus, qui vere legatarii sint, ut & iure res pro legato obligatas habeant; non debentur autem legata, nisi de eo, quod aere alieno deducto superest. *d. L. successores*,

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Cum rempublicam. 3.

Idem A. Sylvano.

Cum rempublicam Heliopolitanorum, propter emolumentum sententiæ in rerum tam heredis, quam hereditariarum possessionem missam esse proponas: intelligis, quamvis pater tuus cum Sosiano contraxerit, tamen si personali actione eum habuit obligatum, præponi rempublicam iure pignoris in his, quæ auctoritate eius, qui iubere potuit, servandi iudicati caussa occupavit. PP. II. Id. Decemb. Læto II. & Cereale Coss.

Species hæc est: Sosianus quidam debitor fuit, ut rescriptum ostendit. Huius Sosiani duo creditores: respublica Heliopolitanorum: & pater Sylvani eius, quem hoc rescriptum alloquitur: & is pater prior creditor. Mortuo Sosiano debitore respublica cum herede egit, & herede victo ex caussa iudicati respublica in possessionem rerum omnium hereditariarum missa est, & pignus ita accepit, ut superiore rescripto diximus. Postulat Sylvanus heres alterius creditoris, ut reipublicæ præferatur; quoniam prius crediderit Sosiano. Rescriptum est, rempublicam potiorem esse. Merito: quia etiamsi pater Sylvani pignus accepisset postea; tamen respublica ei præferretur, ut quæ in pignore prior esset. Multo igitur magis præferetur, ubi sola pignus constitutum habet. Huc pertinet *L. eos, infra, eodem.*

Ad L. Si fundum. 4.

Idem A. Varo.

Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicæ obligaretur. Sicut prior es tempore, ita potior es iure. PP. V. Id. Octob. Antonino A. IV. & Balbino Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Favorem personæ nihil prodesse secundo creditori, ut priori in pignore præferatur.*

EX duobus creditoribus, quibus eadem res pignori obligata est, quamvis privato uno, & altera republica: etiam privatus, si prius pignus acceperit, reipublicæ præferetur ex regula iuris. Atqui favor reipublicæ aliud exigere videbatur. Nam in aliis caussis reipublicæ & civitatis præcipuam caussam esse iudicant. *L. civitatib. D. de usur. L. respublica, sup. qui §. ex caus. maio.* Sed hæc in hypotheca locum non habent, ut superiore rescripto diximus. Hæc enim semel quæsita creditori adimi non potest, neque a republica, neque ab alio quovis. Ideo placuit privatum etiam fisco præferri; cuius tamen præcipuum favorem esse constat ex *tit. supr. de privil. fis.* huc pertinet *L. si pignus eod.* Hoc † exemplo docemur, favorem personæ nihil prodesse secundo creditori, ut ei, qui prius pignus accepit, præferatur. 1

Ad L.

Ad L. Prior quidem. 5.

Imp. Alexander A. Septimio.

Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tu illi id omne, quod debetur, solveris: pignoris tui caussa firmabitur. PP. III. Kalend. Maii Maximo II. & Paterno Coss.

PRior creditor si cum posteriore agat, hypothecam iure suo auferet, etiamsi ei debitum non offerat. Pertinet hoc ad regulam iuris de prærogativa in pignore, de qua diximus *ad L.* 2. Posterior contra ex eadem regula, si cum priore agat, hypothecam auferre non potest: sed nec adversus eum hypothecam retinere, nisi pecuniam debitam primum offerat. Sic enim pignus suum confirmat: de qua confirmatione diximus *sup. ad L. 1. hoc tit.* Idem traditur in *L. diversis, in fin. & L. cum tibi, in prin. sup. eodem.*

Ad L. Si generaliter. 6.

Impp. Valerian. & Gallien. AA. Philoxeno.

Si generaliter bona sint obligata, & postea res alii specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit: si ab illo priore tempore tu comparasti: non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari, PP. II. Id. Maii Seculare II. & Donato Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Is cui generaliter bona omnia prius obligata sunt, præfertur secundo, cui ex his bonis quædam specialiter sunt obligata, & quando secus & n. 2.*

1 PRimo † creditori debitor generaliter omnia sua bona pignori obligavit, in quibus fuit fundus Tusculanus; deinde hunc ipsum fundum secundo creditori obligavit specialiter. Placet in hoc fundo potiorem esse primum creditorem; quia idem fundus etiam ei pignori prius obligatus est. Continebatur enim generali obligatione pignoris non minus, quam si specialiter designatus esset: de quo diximus *ad L. ult. sup. prox. tit.* Hinc consequens est, quod hic traditur, primum creditorem suo iure hunc fundum & persequi & distrahere posse non minus, quam si in eo pignore solus esset. Hæc eadem in *L. 2. D. qui pot. in pig. hab. L. qui prior. D. eod.*

Quæ sic † accipienda sunt, si primo creditori simpliciter bona omnia debitoris pignori obligata sint, ut hic factum significatur. Diversum est, si primo creditori res quædam specialiter pignori obligentur, deinde generaliter omnia bona debitoris, in quibus sit is fundus, qui secundo creditori postea obligatus est. Nam his verbis obligationis generalis nihil obligari intelligitur, priusquam constiterit res specialiter primo creditori obligatas in debitum eius non sufficere. Hoc in *L. 2. supr. de pig.* ubi hac de re diximus. 2

Ad L.

Ad L. Licet. 7.

Impp. Dioclet. & Maxim. A. & CC. Iuliano.

Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores: tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur. Subscripta XVI. Kalend. Feb. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Posteriores praeferri in pignore, qui ad rem reficiendam, conservandam, emendamve pecuniam crediderunt; quibus conditionibus, & quam recte.*
2. *Mulierem quanvis posteriorem praeferri anterioribus creditoribus in dotis repetitione.*
3. *Posteriorem, qui publico instrumento pignus accepit, praeferri priori, qui ex chirographo tantum accepit.*
4. *Funeris impensam posteriorem esse creditoribus hypothecam habentibus: praeterquam in tacita hypotheca invectorum ab inquilino, & legatorum: & cur in his sit potior.*

QUod diximus ad *L.* 2. *supr.* perpetuum esse, ut qui in pignore tempore prior est, sit potior iure, sic accipiendum est: nisi magna & iusta caussa suadeat ab eo iure discedi, quod interdum accidit. Ergo posterior interdum praefertur priori, vel propter caussam de qua agitur, vel propter caussam & personam posterioris creditoris, vel propter cautionem instrumenti in hypotheca danda adhibitam.

Propter † caussam posterior potior est
1 is, qui pecuniam ita credidit, ut eius pecunia efficeret, ut vel res salva esset, vel esset in bonis debitoris. Quo in numero sunt, qui ad rem reficiendam, aut conservandam, aut emendam, pecuniam mutuam dederunt, si modo & res refecta, aut empta erit ex ea pecunia, & his ea res pignori obligata sit. *L. interdum*, & *LL. seq. D. eod.* & *h. L.* Adieci, dummodo posterioribus ea res, quae refecta aut empta est ex eorum pecunia, sit etiam illis pignori obligata. Nam non continuo si ex pecunia alicuius res refecta, aut empta est, ideo illi tacite est pignori obligata; sed solum si pecuniam credidit ad refectionem aedificiorum. Non idem iuris est, si pecunia credita sit ad caeterarum rerum refectionem, ut colligitur ex *L.* 1. *D. in quibus cauf. pig. vel hyp. tac. cont.* Sed etsi res empta sit ex alicuius pecunia: constat non aliter ei eam rem obligatam esse, quam si convenerit, ut pignori esset obligata, ut hoc rescripto declaratur, & *L. quanvis*, 7. *supr. de pign.* nisi empta sit ex pecunia pupilli, ut illic diximus. Nec obstat, quod in *L. idemque*, *D. eodem tit.* generaliter dicitur, eos omnes esse potiores, qui ad rem aliquam reficiendam pecuniam crediderunt. Hoc enim sic accipiendum est: potiores esse, sed in pignore, idest, potiores hac conditione, si modo & illis ea res pignori obligata sit: quoniam de duobus creditoribus agitur, quibus eadem res pignori obligata est: unde prior haec quaestio introducitur, an, & quomodo res empta, aut refecta ex alicuius pecunia ei obligata sit pignori. Sed nonne iniquum est etiam in his caussis posteriorem creditorem priori praeferri, cum isto modo videatur fieri, ut prioribus suum pignus auferatur? Non est iniquum: imo vero nihil aequius, quam eum ex aliqua re fructum percipere, cuius beneficio factum est, ut ea res fructum ferret, dummodo id fiat sine aliorum iniuria. Nunc autem in hac specie, dum posterior praefertur, nihil priori adimitur, sed in eum confertur potius. Nam etsi debito posterioribus creditoribus soluto nihil relinquatur in pignore; tamen id non tam posteriores creditores auferunt, quam casus abstulit. Etenim idem futurum erat, si nemo ad rem reficiendam pecuniam credidisset. Quod si debito posterioribus soluto aliquid superest: id vero beneficio posteriorum in priores confertur, nisi salvam fecerunt pignoris caussam. Beneficio igitur afficiuntur priores, non iniuria, si posterioribus praerogativa servatur in hac caussa.

Propter † rem & personam potior est 2
mulier quanvis posterior, in repetitione dotis, ex *L. assiduis*, *infr.* Tribuitur hoc privilegium partim rei: quia mulier non in omni caussa praefertur anterioribus credi-

ditoribus, sed solum in dotis repetitione; partim personæ, quia non quisquis dotem repetit, hoc privilegio utitur, sed mulier duntaxat, ut facilius possit nubere, *arg. L.* 1. *D. sol. matrim.*

3 Propter † cautionem hypothecæ præfertur posterior creditor, qui publico instrumento utitur adversus priorem creditorem, qui ex chirographo tantum, vel instrumento privato hypothecam accepit. *L. scripturas, infr.* Neque plures sunt, ut mihi videtur, qui cum posteriores sint, prioribus præferantur. Accursius tamen ad *L. diversis, inf.* numerat in hoc genere fiscum agentem ex caussa primipilari, quem vult etiam mulieri in dote præferri. Mihi secus videtur, sed de eo di-
4 cemus ad *L. assiduis inf.* Numerat † etiam eum, qui credidit ad funus ex *L. pen. D. de rel. & sum. fun.* Sed male eo loco utitur ad hoc confirmandum. Nam illic scriptum est, impensam funeris præcedere omne creditum. Atqui hic sensus est: cum is, qui in funus impendit, creditum repetit, idest, personali actione agit adversus creditores cæteros, qui item creditum suum petunt, idest, personali actione petunt, eum his omnibus præferri; nempe ex privilegio, quod funerariæ actioni tributum est. Sed male ex eo colligitur eum præferri iis, qui hypothecam habent. Nam contra hi, qui hypothecam habent, sive prius eam acceperint, sive posterius, quoniam habent actionem in rem, præferuntur omnibus privilegiariis creditoribus personali tantum actione utentibus, ut est in *L.* 4. *sup. L. eos, inf. eo.* Plane funeris impensa duarum caussarum tacitas hypothecas præcedit, invectorum & illatorum ab inquilino: item legatorum; sed ideo, quia in his cum ad funus ventum est, nec hypotheca subesse intelligitur. Nam si inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit, unde funeretur: placet ex invectis & illatis eum funerandum, & si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. *L. & si quis* 14. §. s. *D. de rel. & sum. fun.* Atqui hæc sunt tacite obligata locatori. *L.* 2. *L.* 3. *D. in quib. cau. pig. tac. cont.* Sed hactenus hæc sunt pignori, dum id pignus non officiat rebus favore dignis. Unde placet eiusmodi pignus non officere libertati. *L. licet, D. in quib. cau. pig. vel hyp. tac. cont.* Non mirum, si in eadem caussa habetur funeris caussa. Similiter si res legatæ sint a testatore, de cuius funere agitur, nec sit, unde funeretur: ad eas quoque res manum mitti oportere placuit. *d. L. etsi quis* §. 1. *de rel.* Et tamen legatariis res omnes defuncti obligatæ sunt pignori. *L.* 1. *supr. com de leg.* Sed satius est, ait Ulpianus, de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi, *d L. etsi quis.* §. s. Aut si certius aliquid hic responderi placet, nulla est hic hypotheca, cum de funere agitur. Non est enim hypotheca legatorum nomine, nisi prius legata posueris. Atqui cum defunctus solvendo non est omnibus, tum creditoribus tum legatariis, non debentur legata, nisi deducto omni ære alieno aliquid supersit, quod legatis supersit. Et in summa creditores præferuntur legatariis. *L. successores, sup. ad leg. Falc. L. ult.* §. *etsi præfatam, supr. de iur. del.* Porro funeris impensa æs alienum patrimonii defuncti existimatur. *L. impensa enim* 18. *D. de rel.* Interdum tamen posterior creditor etiam ex alia caussa præfertur priori creditori in hypotheca. Sed hoc non perpetuo, sed ad tempus dumtaxat, quod contingit in specie, de qua constitutum est in *Authent. sequen.*

Authent. *item possessor.*

Item possessor pignoris negans rem eius, cuius actor eam esse adseverat: si probata ea intentione nitatur rem retinere, dicens ex hypotheca, vel alia caussa in eandem personam delata, se propinquiorem esse, quam qui movet caussam: prius transferat possessionem, quam ius suum proponat.

S U M M A R I U M.

1. *Casus, ubi posterior creditor potior sit priore in pignore ad tempus.*

Species facti hæc est. Posterior creditor hypothecam vindicaverat a priore creditore. Prior ut agentem removeret, hac defensione usus erat, ut diceret rem, de qua agitur, in bonis debitoris non fuisse, eoque nec potuisse posteriori creditori obligari, ex *L. & quæ nondum*, §. *quod dicitur, D. de pig.* Posterior creditor probave-

Digitized by Google

baverat rem in bonis debitoris fuisse. Ita prior creditor victus, iussus est hypothecam restituere. Prior exclusus superiore defensione nunc ad hanc confugit, ut dicat, eam quoque rem sibi a debitore prius obligatam esse, ideo & se posteriore creditore esse potiorem. In hac controversia constitutum est a Iustiniano id, quod hoc fragmento traditur, nihilominus possessionem pignoris a priore in posteriorem creditorem transferendam esse, donec prior de iure suo probaverit: ut intelligamus hanc esse mendacii pœnam: quemadmodum & in rei vindicatione possessio a possessore transfertur in actorem, cum possessor prius negavit se possidere, & convictus possidere, cœpit dicere, rem esse suam, non actoris. *L. ult. D. de rei vind.* Ex hac constitutione apparet, si prior creditor victus probaverit postea, eam rem sibi prius pignori esse obligatam, ut dicebat, eum ius suum obtinere adversus posteriorem creditorem, & ita verum esse, quod supra dixi in extremo ad *L. licet*, in hac specie † posteriorem creditorem praeferri priori in possessione pignoris, sed ad tempus dumtaxat, donec scilicet prior de iure suo probaverit: cæterum ubi de iure prioris constabit, semper eum posteriore esse potiorem.

Ad L. Diversis. 8.

Iidem AA. & CC. Fabricio.

Diversis temporibus eadem re duobus iuri pignoris obligata, eum qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti iuris est: nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas. S. Prid. Kalend. Maii. Heracliæ. AA. Coss.

Prior pars continet eam definitionem, quæ exposita est ad *L. 2. sup.* Posterior est de iure secundi creditoris in confirmando pignore, de quo diximus ad *L. 1. supr.*

Ad L. Eos qui. 9.

Iidem AA. & CC. Asclepiodoto.

Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat. Dat. III. Nonas Decemb. CC. Coss.

Hic locus satis expositus est partim ad *L. 2. sup. eod.* ubi, cur qui pignora acceperunt, præferantur privilegiis omnibus, rationem explicatius reddidi partim ad proximam *L. licet*, ubi de obiectionibus quibusdam natis ex *L. pen.* & *L. & si quis.* 14. *D. de relig.* respondi in extremo.

Ad L. Cum tibi. 10.

Iidem AA. & CC. Pollipeucæ.

Cum tibi pro dote, quam acceperat maritus, res obligavit: eo mortuo, hi, quibus easdem pignori dederat, non offerentes debitum, nulla possunt persequi ratione. Nam chirographarios creditores nec in rem, nec in personam eos, qui debitori non probantur successisse, ulla ratione convenire posse, manifestum est. PP. Non. Decemb. CC. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Chirographarios creditores frustra agere de pignore sibi restituendo adversus creditores hypothecarios, quantumvis pecuniam debitam his offerant.*

MAritus dote accepta mulieri quasdam res suas in eam caussam pignori obligavit, & tradidit; deinde cum marito alii creditores contraxerunt. Mortuo marito cum mulier ea bona pignori sibi obligata possideret: creditores posteriores adversus mulierem agere cœperunt, ut vel sibi satisfaceret, vel restitueret bona defuncti, quæ possideret. Rescripti distinctio est in hanc sententiam: si quidem ii agant, quibus eadem pignora data sint, eos frustra agere; quia sunt scilicet tempore posteriores: sic tamen frustra, nisi offerant debitum, intellige, uti oportet; idest, aut solvant, aut priore creditore non accipiente pecuniam obsignent: quo modo, uti oportet ad liberationem, pignus sibi confirmatur, ut est in *L.* 1. *sup. eod.* Sin † ii tantum sint, qui chirographarii appellantur, idest ii, quibus cautum non est, nisi chirographo, plane eos frustra agere, quantumvis pecuniam offerant, quia nullam adversus mulierem actionem habent, neque in rem, neque in personam. Non in rem: quia res illis pignori obligatæ non sunt, ut quis dicat eos actionem hypothecariam habere. Non in personam: quia actio in personam solum adversus debitorem competit, aut heredem eius. Mulier autem in proposito nec debitrix fuit, nec mariti debitoris heres. 1

Ad L. Scripturas. 11.

Imp. Leo A. Erythrio, *Præfecto Pretorio.*

Scripturas quæ sæpe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi, vel paciscendi, seu fœnerandi, vel societatis coeundæ gratia, seu de aliis quibuscunque caussis vel contractibus conficiuntur, quæ ἰδιόχειρα *Græce appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones: sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecæ ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum qui instrumentis publice confectis nititur, præponi (decernimus) etiam si posterior is contineatur: nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum suscriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Data Kalend. Iul. Constantinop. Martiano & Zenone Coss.*

SUM-

SUMMARIA.

1. *Instrumenti privati, quod constet a debitore scriptum, non minorem vim esse creditori ad suum personali actione obtinendum, quam publici.*
2. *Instrumentum privatum vim suam obtinere, & simpliciter vim obtinere, longe diversa esse: prius verum, & quid sit: posterius falsum.*
3. *Instrumento privato, etiam de cuius fide constet, praeferri publicum ad hypothecam priore loco obtinendam: & quam recte constitutum.*

SI duo sint creditores eiusdem debitoris, quorum uni cautum sit a debitore privato chirographo, vel alio privato instrumento; alteri cautum instrumento publice confecto, id est, confecto ab iis, qui in conficiendis instrumentis publico munere funguntur: & hi contendant inter se, uter altero potior sit, quia forte bona debitoris omnibus non sufficiant: quaeritur, an sit quidquam in instrumento publico, cur is, qui eo utitur, praeferri debeat ei, qui utitur instrumento tantum privato. De hac re ita ius constitutum est hoc loco: interesse, utrum hi creditores personalibus actionibus agant eodem tempore adversus debitorem; an vero agant hypothecaria de ea re, quam suis quisque instrumentis pignori accepit a debitore.

1 Si † personalibus actionibus agant; dummodo de fide privati instrumenti probetur, nempe id a debitore scriptum esse: non minus id prodesse creditori suo, quam si publice conscriptum esset. Nam haec vis est privati instrumenti, ut cum constet a debitore scriptum esse, id adversus debitorem fidem faciat, de quo, uti & de eo, quomodo id probetur, dicemus aptius in *Auth. seq.* Hinc intelligimus in hac specie alterum ex creditoribus propositis alteri non praeferri.

2 Observandum † est autem constitutionem non dicere: instrumentum privatum in hac caussa vim habere adversus debitorem; sed vim suam obtinere, inter quae multum interest. Nam qui dicit instrumentum privatum quovis modo vim habere adversus debitorem, is dicit privatum instrumentum fidem facere, etiamsi de eius fide non constet: quod est absurdum dictu. Quid enim, si instrumentum privatum caussam adiectam non habeat? Quid, si debitor neget a se scriptum esse? Quibus casibus iure instrumentum fidem non facit, ut dicemus ad *Auth. seq.* Qui autem dicit, instrumentum privatum obtinere vim suam in ea specie, de qua quaeritur, is hoc dicit: quae alias vis est privati instrumenti adversus debitorem tunc, cum creditor qui eo utitur, est solus: eandem vim & in hac caussa futuram esse, etiamsi alii creditores concurrant, qui utantur instrumentis publicis. Hoc vero est aequissimum. Quod cum non intelligatur, aut non animadvertatur vulgo ab interpretibus: non est mirum, si colluctentur in huius loci interpretatione, neque adhuc rem expedire potuerint. Atque haec, inquam, ita sunt, si creditores isti personalibus actionibus experiantur.

Quod † si agant hypothecaria actione 3
vindicantes eam rem, quae ambobus pignori data est, partim privato instrumento, partim publico: placet in hac caussa privatum instrumentum vim illam suam non obtinere, sed quanvis constet id scriptum esse a debitore; tamen eum, qui publico instrumento nititur de hypotheca, praeferri ei, qui eandem hypothecam accepit privato instrumento: nisi privatum id instrumentum habeat trium idoneorum testium subscriptiones. Quaeritur ratio constitutionis. Cur enim placeat magis priore casu privatum instrumentum vim suam obtinere, quam posteriore? Nam utrobique eadem est fides & probatio instrumenti privati, cur non in pari caussa ius idem statuitur? iuxta *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Mihi haec differentiae ratio videtur non improbabilis: quod cum creditores isti duo agunt personalibus actionibus, singuli de suo debito, id est, de rebus diversis agunt, quae ita sunt singulorum, ut quod est unius, ad alterum non pertineat. Quam ob rem singuli in suo debito sunt soli: ut proinde aliis in eo debito non concurrentibus, non sit quaerendum, qui quibus sint potiores, sed unusquisque separatim in suo debito ius suum obtinere debeat: argumentum in *L. 2. D. eod. tit.* At cum ambo de hypotheca eadem agunt, hic de eadem re agunt; & ob id merito quaeritur, uter altero in ea re debeat esse potior. Et non inique constituitur, in ea contentione maiorem vim habere publicum instrumentum: itaque id privato praeferri.

Ad Auth.

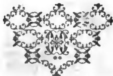
Ad Auth. *Si quis vult caute*.

Si quis vult caute deponere, non soli credat accipientis scripturæ, sed advocet etiam testes idoneos & fide dignos non pauciores tribus. Sed & si quis aut mutui instrumentum, aut alterius cuiuspiam contractus fecerit, & noluerit hoc specialiter in publico confiteri: non ex ipso videatur credibile, quod scribatur super mutuo documentum, nisi etiam trium testium adhibeatur præsentia fide dignorum, ut sive veniant, & subscriptionibus propriis attestentur, sive alii quidem testificentur, quia eis præsentibus confectum est documentum: fidem eandem ex utraque caussa percipiat. Si tamen quisquam aut deponens, aut mutuans, aut alias contrahens, contentus sit sola scriptura eius, cum quo contrahit: sciat scripturam non sufficere ad probationem.

S U M M A R I A.

1. *Instrumenti privati ad fidem vis, quæ.*
2. *Comparatio literarum ad probandam manum scripturæ quatenus admissa.*

Aptissime hæc *Auth.* superiori constitutioni subiecta est. In ea constitutione scriptum erat, cum duo creditores personalibus actionibus agunt eodem tempore, instrumentum unius privatum nihilominus robur suum obtinere. Hinc † quæstio introducitur ad explicationem eius constitutionis necessaria, quænam sit vis instrumenti privati. Et iure vetere hæc vis fuit, si debitor fatebatur a se, vel suo mandato scriptum, & caussa debiti adiecta erat: cogebatur debitor confessioni suæ stare, quantumvis diceret se instrumentum scripsisse vel ioco, vel errore. *L. cum de indebito, §. ult. D. de prob.* Quod † si debitor negaret a se scriptum esse, vel mandato suo: convinci poterat id scripsisse; in eamque rem recipiebantur & testes, & comparatio literarum: dummodo hæ literæ, ex quibus comparatio literarum petebatur, ab eodem debitore publice scriptæ essent, aut trium testium subscriptiones haberent. *L. comparationes, supra, de fid. instrum.* Hanc vim intelligebat superior constitutio. Ne quis in eo iure erraret, commonefacit nos hæc authentica, quid de eo constitutum sit a Iustiniano. Eius constitutionis hæc est summa: si debitor fateatur chirographum a se scriptum, nihil immutavit Iustinianus. Si neget scriptum a se, & testes non minus, quam tres producantur, qui interfuerint, cum debitor id instrumentum scriberet: ne hic quidem quidquam immutavit Iustinianus. Sed si tres testes adhibiti non sunt, ille in totum comparationes literarum repudiavit tanquam suspectas, nisi instrumento privato conficiendo tres testes interfuerint. Quo casu comparationem literarum admisit, si esset necessaria: nempe si testes illi, quorum mentio fit in chirographo, mortui essent, aut alioqui non exstarent. Post quam constitutionem eo res redit, ut quoniam semper periculum est, ne debitores negent chirographum a se esse scriptum, dare operam creditor debeat, si caute vult contrahere, ut adhibeantur tres testes.



Ad L.

Ad L. Assiduis. Ult.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *Praefecto praetorio.*

Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei uxoriae actioni (quam in praesenti sustulimus) magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes pene personales actiones habeant privilegia, & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant, illico iustitiae vigorem relaxabant: & senioribus hypothecis novas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod & corpore & substantia & omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus, suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio. Ad [haec] omnia respicientes, & reminiscentes quod & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes, & haec omnia in unum colligentes sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur res uxoria: quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non extent: sed quocunque modo vel dissipatae vel consumptae sint: si tamen reipsa fuerint parti mariti datae?

Quis enim earum non misereatur propter obsequia quae maritis praestant, propter partus periculum, & ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia? Et ideo quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus: & sive liberos habeat mulier, sive ab initio non habuit, sive progenitos amisit, hoc ei privilegium indulgemus. Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae iam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel eius creditores. In praesenti autem similem praerogativam servamus, ne ius quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: sed sic maneat eis ius incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum.

Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus. Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempori servire disponimus, & habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus.

Quam legem ex praesenti tempore locum habere sancimus: & non retrorsum referimus. Dat. V. Kal. Decemb. Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis VV. CC. *Ad* Auth.

Ad Auth. *Quo iure.*

Quo iure utatur & adversus eos qui personali privilegio muniuntur, veluti quorum pecunia res emptæ sunt, sive refectæ: nisi qui nova constitutione sunt excepti, sicut qui emendæ militiæ caussa marito in scriptis mutuarunt.

Ad Auth. *Si quid.*

Si quid ex rebus ipsius dotis appareat, mulieri, cui & in rem actio competit, vel filiis eius servetur: alioqui sive supersint ambæ mulieres, sive defecerint: sive altera duntaxat extet: prior omnino seu quælibet soboles eius superior habeatur: quod nova constitutione factum est apertius.

S U M M A R I A.

1. *Mulierem præferri omnibus creditoribus quanvis anteriorem hypothecam habentibus, dum tacitam, & ex privilegio.*
2. *Mulierem præferri etiam fisco, quanvis tempore priori, & quidem ex omnibus caussis.*
3. *Mulierem postponi liberis prioris matrimonii, adversus quos noverca de dote agit; item creditoribus quanvis tempore posterioribus, qui marito pecuniam crediderunt ad militiam emendam ea lege, ut militia esset pignori.*
4. *Mulierem anterioribus creditoribus hypothecam conventione sua partam habentibus non præferri.*
5. *Priores creditores in hypotheca conventionali præferri posterioribus iure communi, non ex privilegio.*
6. *Mulierem hypothecis conventionalibus prioribus non esse potiorem, demonstratur rationibus Iustiniani.*
7. *Æquitate rei.*
8. *A ne fons constituentis principis.*
9. *Obiecta diluuntur.*

Singulare hic beneficium tribuitur in repetitione dotis duobus: mulieri; item mulieris liberis. De muliere prope tota constitutione cavetur; de liberis in
1 vers. *exceptis videlicet.* Beneficium, quod † mulieri tribuitur, hoc est: ut mulier sive agat personali actione de dote adversus alios creditores privilegiarios, sive agat hypothecaria actione, quæ illi lege concessa est *L. unica, §. & ut plenius, sup. de rei ux. act.* ea præferatur omnibus creditoribus anterioribus, licet prioris temporis privilegio sint vallati, sic enim verba sunt huius constitutionis in *§. ad hæc, & vers. seq.* Quibus verbis efficitur, mulierem præferri omnibus creditoribus quanvis hypothecariis & anterioribus; si tamen hypothecam ex privilegio habeant, idest tacitam beneficio legis. Igitur si proponas maritum administrasse tutelam pupillorum, antequam uxorem duceret; item pecuniam accepisse ad insulam extruendam, aut reficiendam; quibus in caussis & res mariti sunt tacite pignori obligatæ pupillo, & ædes obligatæ ei, qui ad refectionem credidit, *L. pro officio, supr. de adm. tut. L. 1. D. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. cont.* si is deinde uxorem duxerit, & dotem acceperit; dicimus soluto matrimonio, si mulier & superiores creditores mariti concurrant, mulierem in hypotheca his omnibus, quanvis anterioribus, præferri; quia etsi prius hypothecam acceperunt; tamen habent ex beneficio legis tacite, non autem ex conventione. Huius generis creditoribus hypothecariis mulier præfertur omnibus, ut sunt verba constitutionis. Ergo † & mulier præferetur 2
fisco, quanvis maritus eius ante cum fisco contraxerit. Nam quod scriptum est in *L. 2. supr. de privil. fis.* fiscum, qui prius contraxerit cum marito, mulieri præferri, est quidem huic constitutioni contrarium; sed sciamus hac constitutione abrogatum esse. Tametsi enim Iustinianus in *L. 2. §. contrarium, supr. de vet. iur. enu.* neget in libris iuris a se compositis ullum contrarium esse; tamen hoc in Codice ad veterem Codicem pertinet, non ad eas constitutiones, quæ novo codici sunt insertæ. Hæ autem sunt quinquaginta decisiones Iustiniani, quas constat novo Codici insertas ad veteris iuris emendationem, Tit. *de novo, Codic. confir.* Ex his constitutionibus est hæc una, quæ hic proponitur. Ergo & mulier præferetur fisco, quanvis maritus eius ex caussa primipilari conveniatur, abrogato eo iure, quod est

est in *L. 4. supr. in quib. caus. pig. vel hyp.* Præfertur ergo & ei, qui pecuniam ad funus crediderit. Idque eo magis, quod hic nihil amplius habet, quam privilegium: hypothecam non habet. Nec impedimur eo, quod legitur in *L. pen. D. de relig. & sum. fun.* Impensam funeris omne creditum præcedere. Sciemus enim & hoc similiter abrogatum esse hac constitutione: non solum quia diserte Iustinianus constituit, ut mulier in actione personali præferatur omnibus privilegiariis creditoribus; sed etiam quia mulier hypothecam habet; quam, ut dixi, non habet is, qui in funus impendit. Constat autem omnes hypothecarios creditores, cum in rem actionem habeant, omnibus privilegiariis, qui personalem tantum actionem habent, præferri, *L. eos, supr. hoc tit.*

3 Ex † omnibus creditoribus, qui beneficio legis prærogativam temporis habent, excipiuntur duo, quibus placet mulierem non præferri. Primum filii prioris matrimonii, adversus quos noverca de dote agit *§. exceptis, hac L.* quod apertius confirmatur in *auth. ult. hic.* Deinde hi creditores, qui pecuniam marito crediderunt ad militiam emendam ea lege, ut militia eis esset pignori obligata. In hac militia marito empta potiores sunt, qui crediderunt. *auth. quo iure, infr.* Idque etiam si posteriores sint. Cuius iuris duplex ratio reddi potest. Primum, quod in hac militia pecunia creditoris salvam fecit totius pignoris caussam. argum. in *L. interdum, & seq. D. eod.* Deinde, quia hæc militia marito empta non tantum ad utilitatem mariti pertinet, sed etiam ad utilitatem & honestamentum mulieris. Nam eiusmodi militiis maritos cohonestari constat. Maritorum honos & decus etiam ad uxores pertinet. *L. fœminæ, D. de senat. Novel. de consul. §. hæc itaque.*

Sed hæc omnia dicta sunt de iis creditoribus, qui privilegio, idest, beneficio legis hypothecam habent, aut certe in hypotheca habent iuris prærogativam. Quod
4 † si qui creditores prius hypothecam acceperint conventione, & vigilantia sua partam: nos de communi sententia interpretum putamus mulierem ex hac constitutione iis nullo modo præferri; atque adeo nullo iure præferri aut posse, aut debere. Id defenditur & verbis huius constitutionis, & in primis sententia. Verba constitutionis ad eos creditores anteriores pertinent, qui sunt muniti temporis privilegio. His verbis proprie non continentur ii, qui sibi de hypotheca caverunt. Hi enim hypothecam habent non privilegio, sed communi iure: quo iure constat pignus conventione contrahi, *L. 4. D. de pig. L. si tibi eod. §. de pignore, D. de pact. L. 1. in pr. D. de pig. act.*

Nec † vero audiendi sunt, qui conven- 5
tione de pignore interposita fatentur pignus ex privilegio non esse; sed ut creditor prior secundo præferatur, id ex privilegio esse dicunt, non ex conventione, quod aperte falsum est. Nam prior creditor in pignore ideo præfertur posteriori; quia habet actionem in rem adversus omnes possessores, non tantum extraneos, sed etiam posteriores creditores. Eam quidem actionem habet etiam adversus debitorem ipsum, quia pignus obligavit. Ergo multo magis adversus eos creditores, qui caussam habent a debitore. At creditor hanc actionem habet iure pignoris. Quare prærogativa in hac actione ex iure pignoris nascitur, ac proinde ex conventione, non item ex privilegio. Atque in hac prærogativa privilegium non esse certo argumento est, quod dicuntur privilegia non ex tempore æstimari, sed ex caussa. *L. privilegia, D. de reb. auct. iud. poss.*

Nam prærogativa, quæ in pignore est, solum ex tempore æstimatur. Non nego prærogativam hanc ab Ulpiano privilegium appellari in *L. si & iure, D. qui pot. in pig. hab.* Sed si ea prærogativa ex iure & ratione communi est, negari non potest, quin abusive privilegium appelletur. Quis est enim, qui nesciat privilegium ius esse in gratiam certæ caussæ, aut personæ præter rationem iuris communis constitutum? Tunc demum prærogativa temporis vere privilegium est, cum creditores, qui nullam hypothecam habent, aliis non habentibus præferuntur; in quo etiam in usu iuris solum hoc verbum proprie usurpatur. *d. L. privilegia, D. de bon. auct. iud. pos. & hac L. in vers. cum enim in personalib.*

Sententia † Iustiniani spectatur ex iis ra- 6
tionibus quibus utitur: ex æquitate caussæ, tum ex persona scriptoris. Ratio Iustiniani, qua in hac constitutione utitur, evidenter sententiam eius ostendit, & superiorem sententiam confirmat. Ait enim mulierem ideo in hypotheca præferendam esse anterioribus creditoribus, quia in personali actione tali privilegio utitur. Hoc Iustiniani argumentum est in *hac L. in vers. cum enim in personalibus.* At in personali actione constat mulierem non præferri creditoribus anterioribus, nisi privilegiariis, idest, iis, qui beneficio legis prærogativam habent, ut cæteris creditoribus præferantur. Ergo nec in hypotheca præferetur aliis creditoribus, quam qui eodem beneficio hypothecam habent.

Nam quoties lex aliqua ob certam caussam & rationem lata est, convenit cessante ratione legis, illi legi locum non esse. *L. quod dictum, D. de pact.* Idem licet intelligere de sententia Iustiniani ex ea ratione, quam reddit in §. *& ideo:* scribit enim se in hoc privilegio mulieri tribuendo hoc secutum esse, ut consummaret, quod veteres cœperant, neque perfecerant. Ex quo intelligitur non aliud consummasse Iustinianum, quam quod veteres cœperant, novum autem negotium eum non instituisse. Iam vero veteres cœperant tantum mulierem præferre aliis privilegiariis creditoribus, neque id perfecerant; non enim præferebant omnibus, neque præferebant in hypotheca, ut constat ex initio huius constitutionis. Iustinianus hoc ius imperfectum consummavit: nam mulierem prætulit creditoribus privilegiariis, iisque omnibus, puta etiam ei, qui in funus credidit; & prætulit non solum in actione personali, sed etiam in hypotheca. Ita ius cœptum a veteribus consummavit; sed ita, ut non egrediatur, id quod veteres cœperant. Cœperant autem præferre mulierem privilegariis. Quare & privilegiariis præfert Iustinianus, non aliis.

7 Quod † si de sententia Iustiniani & verborum significatione ambigeretur: tamen in diversis & ancipitibus interpretum sententiis ea regula uti debemus, quæ præscribitur in *L. non fine, sup. de bon. quæ lib.* nempe ut ambiguam caussam & variis legum interpretationibus titubantem iuris naturalis, id est, æquitatis, moderamine temperemus. Unde in legibus, quoties verba ambigua sunt, ea sententia accipitur, quæ æquior & benignior est; non alia de caussa, quam quod menti auctoris est convenientior. *L. in omnibus quidem. L. semper in dubiis. D. de reg. iur.* At æquitatis rationem si audimus, non solum æquum est, mulierem ei creditori non præferri, qui ex conventione prius hypothecam habet; sed etiam si contrarium hic constitutum esset, officium esset boni principis eam constitutionem abrogare. Pro certo enim hoc statui debet, quod est in principiis iuris, ius suum cuique tribuendum esse, nulli mortalium ius suum detrahendum, *L. iustitia. D. de iust. & iur. L. 2. D. de his, qui sunt sui, vel al. iur.* Id quod si recte constituitur in aliis caussis: tum vero rectissime in pignore conventionali, quod quis cautione sua & vigilantia sibi paravit. Hoc, inquam, nulli creditori adimendum est. Nam, ut est egregia sententia Scævolæ, ius vigilantibus scriptum est, id est iis, qui in negotiis gerendis adversus futura pericula sibi vigilarunt, & caverunt. *L. pupillus in fin. D. quæ in fraud. cred.* Ius scriptum vigilantibus ideo, quia favet vigilantibus, & cavet, ne damno afficiantur, neve quid his auferatur in eo, in quo sibi vigilaverint, sibique tempestive prospexerint. *L. 3. ref. D. de separation. L. quod autem, § sciendum, D. in fraud cred.* Et certe nihil potest cogitari iniquius, quam si, cum creditores contraxerint cum aliquo debitore, qui nondum uxorem duxerat, qui iidem diligenter sibi caverint, ut eius bona sibi essent obligata: sit in potestate debitoris eos, cum velit, fraudare, uxorem postea ducendo, & dotem accipiendo: sic enim miseri creditores frustra sibi caverint, neque erit vigilantiæ locus. In hac tanta iniquitate non est credendum, Iustinianum sententiam tam iniquam constituere voluisse, nisi evidentissimis verbis probari possit, id illum sensisse.

Atque † huic etiam rei tertio loco argumentum præbet persona eius: nam is legum conditor est: Legum conditores æquitatis fautores esse oportet, ut bene scriptum est in *L. hac lege, sup. de pact. conv. tam. sup. dote.* 8

Ad † obiecta quibus utuntur contrariæ sententiæ defensores, breviter respondebo. Illi urgent verba: Ait Iustinianus, *mulierem habere potiora iura adversus omnes cred.* Hic quidem nihil excipit; sed addit, *licet sint anterioris temporis privilegio vallati.* Quæ verba non pertinent ad eos, qui hypothecam vigilantia sua sibi acquisiverunt, ut supra docuimus. Ait item Iustinianus se pleno iuris articulo in hoc privilegio mulieris consummasse, quod veteres cœperant. Non consummavit, inquiunt: nisi mulierem omnibus creditoribus anterioribus prætulit sine exceptione. Recte dicerent, si Iustinianus simpliciter scripsisset se consummasse pleno iure prærogativam temporis in muliere. Nunc autem dicit se consummasse, quod veteres cœperant. At veteres non cœperant mulierem præponere hypothecariis creditoribus; sed iis, qui prærogativam temporis ex privilegio legis haberent. Hoc igitur posterius ille consummavit, non item prius alterum, quod veteres non cœperant, ut supra quoque docuimus. Urgent & illi rationem huius constitutionis, quæ sparsa est varie in hac lege, puta in *vers. & hoc cum in personalibus*, item in *vers. quis enim*, hanc illi rationem dicunt, non minus efficere, ut mulier præferri debeat anterioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus, quam qui hypothecam beneficio legis habent. Hoc vero illis concedi 9

non

non oportet. Nam rationes sunt introductæ & sumptæ ex fragilitate mulieris, ex obsequiis quæ marito præstat, ex periculo partus, ex procreatione liberorum, ex inopia mulieris, quæ in bonis nihil solet habere præter dotem; ex officio mariti, quo ille cogitur dotem omnimodo restituere uxori. Hæ omnes in summa nihil aliud efficiunt, nisi mulierem dignam esse privilegio, quod Iustinianus hic constituit. Nos fatemur non tantum eo privilegio dignam esse, sed etiam dignissimam. Adiicimus amplius, dotis caussam semper & ubique præcipuam esse debere. *L. 1. D. sol. mat.* Sed hæc omnia accipienda sunt cum hac exceptione, dum alteri iniuria non fiat. Nam hoc utraque manu retinendum est, in omnibus beneficiis & privilegiis in iniuriam alterius beneficia alteri concedi non solere, neque debere. *L. nec avus, inf. de emanc. liber. L. 2. §. si quis a prin. D. ne quid in loc. pub.*

Addunt his argumenta duo, prius tale est: Mulierem constat hac constitutione præferri anterioribus creditoribus, saltem qui pignus lege constitutum habent. Ergo & iis præferri debet, qui pignus conventione, aut vigilantia sua sibi acquisiverunt. Apparet ex superioribus male ista comparari. Nam legitimum pignus contraria lege adimi potest sine iniuria; quoniam eius est beneficium adimere, cuius est dare, quod & in privatorum beneficiis receptum est. *L. 2. D. de prec.* At pignus vigilantia creditoris partum, ipsi creditori sine summa iniuria adimi non potest, ut supra probatum est. Alterum argumentum habet firmamentum illorum sententiæ: est autem tale. Mulier præfertur ei creditori, qui pecuniam credidit ad rem emendam ea lege, ut illi ea res pignori obligata esset. *§. his conseq. Novel. de æqual. dot.* At qui pecuniam credidit ad rem emendam, præfertur anteriori creditori, & cui ea res pacto pignori obligata est. *L. interdum, & seqq. D. eod.* Ergo huic ipsi quoque creditori expressam hypothecam habenti multo magis mulier præferetur. Sed & hoc male colligitur: quoniam non est eadem caussa in duobus illis creditoribus, propter quam mulier postulat se his præferri. Imo vero quam ob caussam mulier præfertur ei, qui pecuniam credidit ad rem emendam, hanc ipsam ob caussam alii creditori priori præferri non debet. Nam ei qui pecuniam credidit ad rem emendam, præfertur, si ipsa tempore prior sit; is autem, qui credidit, posterior, ut est expressum *in d. §. his conseq.* Ergo hac ipsa ratione alii creditori non præferetur, si mulier erit posterior; quoniam ea caussa cessat, propter quam alteri præferebatur. Hic occurritur hac ratione: si vinco vincentem te, multo magis te vincere debeo *L. de accessionib. in fin. 1. resp. D. de divers. tem. præscr.* Sed hoc dictum tunc locum habet, cum in extraneo & in te eadem caussa est, cur vos vincere debeam. Quod si caussa vincendi in uno alia est, & alia in altero: non si alium vinco, qui te vincit, ideo te vincere debeo. Sumpta est hæc regula ex comparatione maiorum: cui argumento locus non est in disparibus caussis. Res per se paulo obscurior exemplo plana fiet. Propone hoc modo. Tres sunt creditores, quibus eadem res obligata est diversis temporibus, primus, secundus & tertius. Ego primus si vinco secundum, uti vinco; multo magis vincere debeo tertium, qui vincitur a secundo: scilicet quia qua ratione vinco secundum, eadem ratione & maiore vinco tertium. Vinco enim secundum, quia sum prior tempore. Ergo multo magis vincam tertium: quia si secundo prior sum, multo magis prior sum tertio. At e converso argumentum non valebit hoc modo. Ego primus egi adversus tertium, qui hypothecam possidebat, & ab eo victus sum; quia me removit exceptione pacti conventi, vel iurisiurandi. Quanvis tertius me primum vicerit, & ego primus vincam secundum, tamen si tertius cum secundo agat, secundum non vincet: quia videlicet vincendi secundi dissimilis caussa est. Nam tertius me vicit, non quia me prior esset tempore; sed quia actum erat inter nos, ne hypothecam ab eo peterem. Hæc ratio adversus secundum cessat, & si tertius secundum volet vincere, non poterit alia ratione, quam si sit prior. Atqui secundus prior est: ergo & in hac specie secundus vincet tertium, quanvis tertius primum vicerit, & primus potior sit secundo: nempe ideo, ut iam dixi, quia vincendi secundi dispar caussa est, non autem illa, ob quam primum vicit. Confirmatur hæc sententia in hoc ipso exemplo in *L. Claudius, D. eod. tit.* Quare cum nihil relinquatur ad defensionem contrariæ sententiæ, & ea sententia, quam statuimus, aperte defendatur & verbis huius legis, & sententia, & manifesta æquitate, & præterea communi sententia recepta sit: non est, quod dubitemus eam retinere, quantumvis quibusdam in præfecturis, quanvis summis, aliter iudicetur. Meminisse enim debebimus legibus iudicandum esse, non exemplis, aut præiudiciis. *L. nemo, sup. de sent. & interloc. om. iud.*

AD TITULUM XIX.

DE HIS QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

Ad L. Non omnimodo. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Marcellinæ.

Non omnimodo ſuccedunt in locum hypothecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem tranſit. Hoc enim tunc obſervatur, cum is qui pecuniam poſtea dat, ſub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur, & in locum eius ſuccedat.

Quod cum in perſona tua factum non ſit (iudicatum eſt enim te pignora non accepiſſe) fruſtra putas tibi auxilio opus eſſe conſtitutionis noſtræ ad eam rem pertinentis. PP. Idib. Iul. Pompeiano & Avito Coſſ.

Ad L. Si potiores. 3.

Imp. Alexander A. Valenti.

Si potiores creditores pecunia tua dimiſſi ſunt, quibus obligata fuit poſſeſſio quam emiſſe te dicis, ita ut precium perveniret ad eoſdem priores creditores: in ius eorum ſucceſſiſti: & contra eos qui inferiores illis fuerunt, iſta defenſione te tueri potes. PP. Kalend. Februar. Iuliano II. & Criſpino Coſſ.

Ad L. Si prior. 4.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Carpophoro.

Si prior reſpublica contraxit, funduſque ei eſt obligatus tibi ſecundo creditori offerenti pecuniam poteſtas eſt, ut ſuccedas etiam in ius reipublicæ. PP. XV. Kalend. Iun. Maximo II. & Aquilino Coſſ.

SUMMARIUM.

1. *Eum, qui primo creditori ſolvit, ſuccedere in pignus duobus caſibus.*

EX iis, quæ de iure primi & ſecundi creditoris in hypotheca proxime diximus, duæ dubitationes natæ ſunt, quæ explicantur his duobus titulis, qui ſequuntur. Primum dictum eſt, ſecundum creditorem nihil habere iuris in pignore adverſus primum, niſi primo pecuniam offerat: quod ſi rite offerat, tunc ſecundum creditorem ſibi confirmare pignus *L.* 1. *ſup. prox. tit.* hoc amplius & in ius primi creditoris ſuccedere. *L. ſecundus, ſup. de pig* quod & confirmatur in *L. ult. hic*. Hinc quæſitum, ſi alius qui hypothecam non habet; aut habet, ſed poſterior ſecundo, pecuniam ſolvat primo creditori, ut is dimittatur: an & hic qui ſolvit, ſuccedat in locum primi creditoris, de quo hoc titulo conſtituitur.

Pla-

1 Placet † autem eum, qui primo creditori solvit, quantumvis prius nihil iuris habuerit in pignore, tamen succedere in pignus & locum primi creditoris duobus casibus. Unus est, si creditori ipsi solverit ex pacto, ut in eius locum succederet, *L. 1. hic*. Alter est, si pignus emerit a debitore ea lege, ut pretium ad creditorem perveniret, & pervenit, *L. penul. hic*. Perinde est enim, quasi qui pecuniam dedit, ipsi creditori numerasset. Cum his modis succedat in locum primi creditoris ille, cuius pecunia primus dimissus est: consequens est, quod exprimitur in *L. 3. hoc tit.* eum, qui in pignus successit, creditoribus omnibus aliis in eo pignore esse potiorem: quemadmodum primus creditor esset potior, si pignus retinuisset. Quod si is, cuius pecunia creditor primus dimissus est, de pignore seu de successione eius pignoris nihil convenit: placet eum in ius pignoris non succedere, *L. 1. hic. L. Aristo, D. quæ res pig. obl. poss.* Sumptum ex eo, quod de contrahendo pignore superioribus titulis posuimus, ut in *L. quamvis. 17. sup. de pig. & L. licet, sup. prox. tit.* nempe pignus inter vivos nisi conventione non constitui, ubi pignus a magistratu non detur.

AD TITULUM XX.

COD. SI ANTIQUIOR CREDITOR PIGNUS VENDIDERIT.

Ad L. Si vendidisset. 1.

Imp. Alexander A. Athenioni.

Si vendidisset qui ante pignus accepit: persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit, vel vendiderit: non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor vendidisset: sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter præcedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. PP. Id. Maii, Agricola & Clementino Coss.

Ad L. Obligata. 2.

Impp. Diocl. & Maximian. AA. & CC. Eudemiæ.

Obligata pignoris iure creditore recte distrahente, post debitor emptori precium offerens, vel creditori quod debuit, evincere non potest. S. XVI. Kalend. Ianuar. AA. Coss.

Ad L. Quo minus. 3.

Iidem AA. & CC. Theophilo.

Quo minus creditor qui antea pignus accepit distrahat: non offerendo secundus priori debitum, interpellare non potest. Dat. VI. Kal. April. CC. Coss.

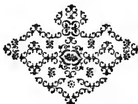
S U M M A R I A.

1. *Primus creditor si pignus vendit, sic transfert, ut emptori avocari non possit.*
2. *Idem creditor si emat a debitore, dominium non ita acquirit, quin possit ei avocari a secundo creditore, cui res obligata erat, si is pecuniam offerat, & cur, & n. seq.*
3. *Contrariis occurritur.*

Quod traditur in *L. 2. sup. qui pot. in pig. hab.* primum creditorem, qui prius hypothecam accepit, secundo esse potiorem: diximus eum effectum habere,

bere, ut primus iure suo hypothecam distrahat, quantumvis obnuntiante secundo creditore. Id ipsum confirmatur in *L. ult. hic*.

1 Inde † quoque consequens esse diximus, ut si primus hypothecam distraxerit: eam ab emptore avocare non possit, neque secundus creditor, neque debitor, quantumvis pretium emptori offerant, *L.* 2. *D. qui pot. in pig.* Et hoc idem apertius confirmatur in *L.* 2. *hic*. Utrumque ideo; quia ea vis esset venditi pignoris, si primus creditor in pignore solus esset, & id distraxisset. *L. non est novum, D. de acq. rer. dom. Inst. quib. alie. lic. vel non in princ.* Ex hoc posteriore nata est hæc dubitatio, an idem dicendum sit, si primus
2 † creditor pignus non vendiderit alii, sed ipse sibi a debitore emerit, aut in solidum acceperit. De quo constituitur in *L.* 1. *hic*, ad hanc sententiam: ut in proposito salva sit actio hypothecaria secundo creditori, qua pignus avocare possit a primo: dummodo illi debitum offerat. Id
3 prima fronte videri † potest inique constitutum. Nam si primus creditor dominium pignoris in alium transferre potuit, cur sibi acquirere non potuit? Et in promptu ratio est, cur non possit. Ipse dum vendit, ideo transferre potuit, quia ius transferendi habuit, *d. L. non est novum, D. de acq. rer. dom.* Idem emendo, acquirendove, rem accipit a debitore, qui rei alienandæ ius non habuit, nisi hactenus, ut alienaret rem cum sua caussa, *L. traditio, D. de acq. rer. dom. L. alienatio, D. de cont. empt.* Porro debitor eam rem secundo creditori obligaverat. Eo fit, ut re abalienata, etiam hæc caussa pignoris secundi maneat. Quod si manet, iure secundus creditor primo pecuniam offert pignoris sui confirmandi gratia, *L.* 1. *sup. qui pot. in pig. L. ult. sup. prox. tit.* Sed nonne iniquum est, plus iuris in hac re tribui secundo creditori, quam primo, qui sibi cavit pignus in solutum accipiendo? Esset iniquissimum, si modo plus iuris secundo tribueretur. Nunc autem ita dicimus, secundum creditorem posse pignus avocare a primo, si pecuniam illi offerat. In quo semper præcedit caussa primi creditoris. Nam & pignore primi creditoris manente, tamen secundus creditor illi pecuniam offerendo pignus sibi confirmaret, ut supra diximus. Sed rursum alia parte hic occurritur. Quidni enim dicamus secundum creditorem a primo avocare posse, quanvis illi pecuniam non offerat? Non enim debet ei offerre, quod ei iam non debetur. Atqui nihil ei debetur, si ei solutum sit. Solutum est autem, cum aliud pro alio illi solutum est volenti. *L. si quis aliam, D. de solut.* Sed pro soluto non habetur, quod solutum potest evinci *d. L. si quis aliam*. Apparet autem in proposito, pignus primo creditori venditum ei evinci posse a secundo creditore. Nihil igitur in toto hoc iure L. 1. non recte constitutum.



AD TITU-

AD TITULUM XXI.

COD. SI COMMUNIS RES PIGNORI DATA SIT.

Ad L. Frater. 1.

Imp. Antoninus A, Venusto.

Frater vester sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando, obligationem creditori quaesivit. Unde intelligitis contractum eius nullum praeiudicium dominio vestro facere potuisse. Accepta III. Kalend. Decemb. Messala & Sabino Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Fiscum rem communem totam alienare, & pignori obligare posse.*

Hic locus appendix est eius definitionis, qua constituitur, neminem rem alienam pignori obligare posse. *l. cum res, L. quae praedium, sup. si alie. res pignor. dat. sit.* Quod de re tota dicitur, id & ad partem rei pertinet. *L. quae de tota, D. de rei vind.* Proinde in re communi unus ex dominis partem socii pignori obligare non potest, suam potest, ut hic traditur.

Recte † Accursius excipit fiscum, cuius inter caetera hoc ius est: ut cuius rei partem is alienare potest iure suo, idem eam rem totam alienare possit, quo facilius res emptorem inveniat pro utilitate publica. *L. 2. sup. de comm. rei alien.* 1

AD TITULUM XXII.

COD. DE PRAETORIO PIGNORE, ET UT IN ACTIONIBUS DEBITORUM MISSIO PRAETORII PIGNORIS PROCEDAT.

Ad L. Si praetorium 1.

Imp. Iustinianus A. Mennae *Praefecto praetorio.*

Si praetorium pignus quicunque iudices dandum alicui perspexerint: non solum super mobilibus rebus, & immobilibus, & se moventibus sed etiam super actionibus quae debitori competunt, praecipimus hoc eis licere decernere. Dat. Kal. April. Constantinop. Decio V. Coss.

Ad L.

Ad L. Veteris. 2.

Idem A. Iuliano. P. P.

Veteris iuris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus: unum quidem quod ex conventionibus & pactis hominum nascitur: aliud quod a iudicibus datur, & prætorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adiuvari, sed etiam si ab ea possessione cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu: humanius esse perspeximus, & in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur inde iacturam: tamen ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius caussam interpretamur, & ei recuperationem donamus. Dat. Kalend. Aug. Constantinop. Lampadio & Oreste VV. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Prætorium pignus quid.*
2. *Prætorium pignus sine controversia ex iis caussis, ex quibus quis in possessionem missus est.*
3. *Prætorium item pignus ex caussa iudicati, cum iussu magistratus ex ea caussa pignora capta sunt, eiusque rei argumenta.*
4. *In pignore ex caussa iudicati quam ex re sit, prætorii appellationem retineri.*
5. *Refutantur argumenta, quibus quidam probare conantur pignus ex caussa iudicati captam non esse prætorium.*
6. *Pignora in caussa iudicati a magistratu capi ordine & iure communi: distrahi per apparitores extra ordinem: & hoc quid sit.*
7. *Prætorii pignoris appellatione contineri id quoque, quod a magistratu municipali captum sit in caussa iudicati.*
8. *Prætoriam pignus non prius constitui, iubente magistratu rem capi, quam & creditor ceperit.*
9. *Prætorium pignus ex caussa missionis, & iudicati constitui posse etiam in mobilibus rebus, itemque in incorporalibus: & quæ in his dubitationis caussa.*
10. *Pignoris prætorii possessione amissa, nihilominus pignus durare, & vindicationem pignoris creditori: & quæ hic dubitatio.*

Diximus initio pignus, quod hominum opera constituatur, partim a domino constitui, partim a prætore, seu magistratu. De priore genere hucusque. De altero hic agitur, & titulo sequenti. Hoc enim est, quod prætorium hic appellatur. Præ-
1 torium † pignus sic definitur in *L.* 2. *hoc tit.* quod a iudicibus datur. Recte: dum a iudicibus, intelligamus, a magistratibus. Nam temporibus Iustiniani & multo ante obtinuerat, ut magistratus appellarentur iudices, Tit. *de iurisd. omn. iudic. supr.* Tit. *de rebus auct. iud. poss.* *D.* Et certo sic res habet, ut prætorium omne pignus constituatur iussu & auctoritate magistratus. *L.* 3. §. 1. *D. de reb. eor. qui sub. tutel. vel cur. sunt.* Prætorii pignoris duæ sunt species. Una est ex caussa missionis in possessionem, altera ex caussa iudicati.

2 Prior † species ex hac caussa nascitur. Sunt enim quædam caussæ, ex quibus creditores a magistratu impetrant, ut mittantur in possessionem bonorum, vel rei alicuius debitoris: de quibus in *L.* 1. *D. quib. ex caus. in poss. eat.* Hoc impetrato, si creditor possessionem rerum occupat, pignus illi hoc modo constituitur, quod prætorium sine controversia appellatur. *L. qui legati, sup. ut in poss. L. missio, D. pro empt.* Altera species pignoris nascitur ex hac caussa. Cum quis condemnatus est, neque pecuniam solvit, impetrat creditor a magistratu, qui iudicavit, aut iudicem dedit, ut res debitoris pignori capiantur, & distrahantur, unde iudicatis satisfiat. *L. a Divo,* §. *in venditione, D. de re iud. L.* 1. *sup. de ex. rei iud.* Hic pignus constitui non dubitatur, *L.* 1. & *toto tit. inf. si in cau. iud.*

Sed † an sit, & dici debeat prætorium, 3
quæritur. Nos prætorium pignus esse dicimus, neque id dubiis argumentis sumptis cum ex definitione prætorii pignoris, itemque divisione pignorum, quæ exstat in *L.* 2. *hoc tit.* tum ex verbi prætorii significatio-

catione, & notatione nota. In *L.* 2. definitur pignus prætorium, quod a iudicibus ideſt, magiſtratibus datur. Id quod capitur ex cauſſa iudicati, conſtituitur a magiſtratibus. *L. infr. ſi in cau. iud. L. a Divo, in prin. D. de re iud.* Eſt igitur prætorium. Nec ad rem pertinet; ſi quis dicat Iuſtinianum hac definitione uti de eo tantum pignore, quod eſt ex cauſſa miſſionis in poſſeſſionem. Nam præterquam quod id verbis repugnat: etiam licet hoc modo argumentari. Cui convenit definitio, ei convenit & definitum: at pignori quod ex cauſſa iudicati capitur, eadem definitio convenit; conveniet igitur & definitum. Diviſio pignoris in *eadem L.* 2. eſt hæc, ut dicantur duo eſſe genera pignorum, conventionale, & prætorium. Licet igitur colligere hoc modo. Si, quod capitur ex cauſſa iudicati, pignus eſt, aut erit conventionale, aut prætorium: non enim plura genera hic numerantur. Non eſt conventionale, ut conſtat; Reſtat ergo, ut ſit prætorium. Dixerit aliquis, tria eſſe genera pignorum diſtincta; conventionale, prætorium, & iudiciale, id ſcilicet, quod in cauſſam iudicati capitur: verum viſum eſſe Iuſtiniano in *d. L.* 2. agere tantum de duobus, non autem de eo, quod capitur in cauſſam iudicati. Sed ſententia Iuſtiniani, & conditio rerum refragatur. Nam pignus ex cauſſa iudicati non minus occupari & poſſideri debet, quam id quod ex cauſſa miſſionis conſtituitur: ut proinde non minus quam de aliis, etiam de eo quærendum fuerit, an amiſſa eius poſſeſſione actio hypothecaria de eo danda ſit creditori. Et de eo Iuſtinianus conſtituit: ſignificatio autem & origo verbi intelligitur ex definitione prætoriæ ſtipulationis. Ea definitur eſſe, quæ ex mero prætoris officio proficiſcitur. *L.* 5. *D. de verb. obl* Prætoris, ideſt, magiſtratus officio, ideſt iuſſu & auctoritate. Si ea ſtipulatio, quæ iuſſu magiſtratus interponitur, recte prætoria appellatur, & ex uſu veterum: conſentaneum eſt, & id pignus, quod iuſſu magiſtratus conſtituitur, recte prætorium appellari; ut ſcilicet, quibus eandem definitionem nominis tribuimus, iiſdem & idem definitum nomen tribuatur.

4 Non † laboraremus de verbo, ſi de verbo tantum eſſet quæſtio. Nam dum res intelligeretur, facile pateremur unumquemque ſuis verbis uti. Nunc autem ut pignus ex cauſſa iudicati captum prætorium appelletur, agitur in eo & de ſententia legum, & de re ipſa, Quam ob cauſſam hoc verbum urgemus. Retinenda eſt autem hæc appellatio quatuor de cauſſis: Primum, ut retineamus definitionem Iuſtiniani, quæ eſt in *d. L.* 2. conſentientem cum uſu & conſuetudine loquendi veterum. Quam definitionem everti neceſſe eſt, ſi aliquod pignus a iudicibus datur, & tamen non eſt prætorium. Deinde, ut retineatur etiam eiuſdem loci diviſio in pignoribus conſtitutis: quam & ipſam vitioſam eſſe oportet, ſi erit aliquod pignus, quod neque conventionale ſit, neque prætorium. Tum vero, ut verbo prætorii pignoris admoniti intelligamus in re eſſe, quod verbum ſignificat: nempe pignus ex cauſſa iudicati capi, non cuiuſvis iudicis auctoritate, ſed ſolum iuſſu prætoris, ideſt magiſtratus, cuius ſit de ea re de qua iudicium factum eſt, iuriſdictio. *L.* 1. *infr. ſi in cau. iud.* Poſtremo ut intelligamus, quæ ſub hoc titulo conſtituta ſunt de prætorio pignore, item alibi, pertinere etiam ad id pignus, quod ex cauſſa iudicati captum ſit.

Nonnulli † tamen aliter docent: negantque pignus, quod in cauſſam iudicati capitur, dici prætorium, atque ita diſputant. Aiunt pignus prætorium eſſe quod ex cauſſa miſſionis conſtituitur, & probant ex *L. miſſio, D. pro empt. L. qui legati, ſup. ut in poſſeſſ. legator.* quibus in locis dicitur pignus ex cauſſa miſſionis conſtitutum prætorium eſſe. Si hoc intelligunt, pignus, quod conſtituitur ex cauſſa miſſionis, eſſe prætorium, non negamus; neque de eo controverſia eſt. Sed ſi hoc dicunt eſſe ſolum prætorium pignus, id male ex ſupraſcriptis locis colligunt. Non enim ſi hoc pignus eſt prætorium, ideirco ſolum prætorium eſt. Nam & homo animal eſt: neque ideo recte colligitur eum ſolum eſſe animal: cum & brutum quoque ſit animal. Deinde ſic argumentantur. Pignus prætorium dicitur ex eo, quod iure prætorio, ſive edicto conſtituitur. Pignus autem quod in cauſſa iudicati capitur, non conſtituitur, neque permittitur edicto, ſed conſtituitur extra ordinem, ut probant ex *L. ſi pignora, D. de evict.* Ergo hoc pignus non eſt prætorium. In hac argumentatione neſcio quid potiſſimum improbem, utrumne, propoſitionem, an aſſumptionem, an magis aſſumptionis probationem. Primum nullo modo concedendum eſt, pignus prætorium dici ex eo, quod iure prætorio conceditur. Idque evidenter probatur exemplo conventionalis pignoris. Nam alioqui iſta ratione dicere liceret conventionale pignus eſſe prætorium. Conſtituitur enim iure prætorio: certe de eo ſolum iure prætorio con-

constituitur actio *L. si tibi decem*, *§. de pig. D. de pact.* Atqui id pignus omnium confessione non est praetorium. Non ergo profecto praetorium pignus dicitur ex eo, quia constituatur solum iure praetorio. Dicent pignus conventionale edicto praetoris constitui, sed non nisi conventione debitoris praecedente: ex qua conventione, tanquam proxima caussa, pignus conventionale appelletur. Accipio solutionem, & acceptam illis repono. Similiter enim & pignus praetorium, quod constituitur edicto, non constituitur, nisi iussu magistratus praecedente, eaque caussa est proxima huius pignoris, quam deinde edictum confirmat. Ergo ut ex conventione dicitur pignus conventionale, quamvis edicto constituatur; sic ex iussu magistratus & praetoris dicetur praetorium pignus, quamvis constituatur edicto. Quod si concederemus pignus praetorium ex eo dictum esse, quod iure praetorio & edicto constitueretur; tamen hac ipsa ratione efficeretur etiam pignus ex caussa iudicati captum praetorium dici oportere. Nam & hoc non minus permittitur edicto, quam illud, quod constituitur ex caussa missionis in possessionem: quod isti negant in assumptione.

6 Constat † enim de actione iudicati propositum fuisse edictum praetoris, ut condemnatus pecuniam solvere cogeretur, ut indicant fragmenta eius edicti, quae exstant in *L. 4 §. ait praetor*, & *L. 5. D. de re iud.* Actio autem iudicati proponitur a praetore rei iudicatae exsequendae caussa, id est, ut pignora in eam caussam capere liceat, & distrahere, ut colligitur ex *d. L. 4. §. si ex conventione*, *D. de re iud. L. 1. infr. si in cau. iud. L. 1. sup. de exse. rei iud.* Quare & hoc pignus ex edicto capitur, non minus, quam superius. Neque contrarium probant ex *L. si pignora*, *D. de evict.* ubi scriptum est, pignora extra ordinem distrahi per apparitores. Si extra ordinem, inquiunt, non ex edicto. Sed observare debuerunt, illic agi de pignoribus distrahendis, non de pignoribus ex caussa iudicati capiendis & constituendis. Distrahuntur pignora extra ordinem: quia quod fit iudicio & actione proposita, id ordine, id est usitate fieri dicitur. Quod autem magistratus sine iudicio exsequitur vi & manu tanquam dominus, id extra ordinem exsequi dicitur, id est, extra consuetum magistratus morem, ut colligitur ex *L. 3. D. ne vis fiat ei.* At pignora distrahuntur per apparitores vi & manu: ideo extra ordinem distrahi dicuntur; caeterum ab initio capiuntur actione iudicati instituta, qua consequitur creditor, ut nisi condemnatus pecuniam solvat, sibi liceat res eius pignori capere. Hoc vero fit ordine, non extra ordinem. Postremo sic argumentantur: Pignus ex caussa missionis constitutum est praetorium: differt autem multis modis ab eo pignore, quod in caussa iudicati capitur. Ergo hoc posterius non est praetorium. Accipe argumentum isti simillimum: Homo est animal, differt autem homo multis modis a bruto; atque adeo toto genere contrarius est. Ergo brutum non est animal. Quod si diceremus, omnes nos irriderent, uti Dialecticis ne imbutos quidem. Species eidem generi subiectae non tantum intra se differunt, sed etiamsi verae sint, sunt contrariae: ut in specie recte dicatur, unam non esse id, quod est altera. Sed quod ad summam generis attinet, utraque est idem. Homo animal est: & item brutum animal est. Sic pignus ex caussa missionis non est id, quod capitur ex caussa iudicati: sed nihilominus utrumque praetorium est, quia praetoris iussu constituitur.

Summa huc redit, ut intelligamus etiam iussu magistratus pignus constitui, non tantum debitoris voluntate. Hoc pignus constitui ex duobus generibus caussarum: altero, cum quis a magistratu mittitur in possessionem ex iis caussis, ex quibus mitti solet in possessionem: altero ex caussa iudicati. Quod utrumque quoniam a magistratu solo constituitur, qui per synecdochen praetor appellatur in usu iuris; ideo praetorium appellamus.

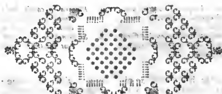
Quid † ergo, si a magistratu municipali pignus captum sit in caussa iudicati: 7
an hoc quoque praetorium recte dixeris? puto recte dici posse, ut intelligatur id, quale a praetore in simili re capi solet. Nam & alii magistratus, quam praetor, mittunt in possessionem bonorum, ut praesides, proconsules, legati proconsulum; & nihilo minus pignus hic constitutum dicitur praetorium: constituitur enim pro eo officio, quod esset praetoris in urbe.

Sed † non est satis sufficisse magistratum 8
ex his caussis res debitoris capi, nisi etiam creditor eas res iussu praetoris occuparit: idque utriusque generis commune est. *L. non est mirum*, *D. de pig. act. L. 3. § 1. D. de reb. cor. L. 2. L. cum rem pub. sup. qui pot. in pig. hab.* Unde intelligimus, praetorium pignus a conventionali distare duabus rebus: constituentis persona & constituendi modo. Constituentis persona; quia conventionale con-

Digitized by Google

conſtitnitur ab co tantum, cuins in bonis res eſt *L. qua prædium, ſup. ſi aliæ res.* Prætorium conſtituitur iuſſu magiſtratus, qui dominus non eſt. Conſtitnendi modo, quia conventionale ſola conventione conſtituitur, quamvis res tradita non ſit creditori; *L. 1. in pr. D. de pig. act.* prætorium non aliter, ut dixi quam ſi ereditor poſſeſſionem rerum occuparit. Ex quo ſunt illæ dubltationes, quæ hoc tit. deciduntur.

9 Una † hæc, an iudicca poſſint pignna prætorium ex ſupra ſcriptis cauſſis conſtituere, non tantum in rebus immobilibus, ſed etiam in rebns mobilibns, nec tantum in corporalibus ſed etiam in actionibus. Dubitatio naſcitur ex verbis eorum edictorum quibus pollicentur prætores ſe ſupra ſcripta pignora conſtituturos. Nam ex priore ſpecie pollicentur ſe in poſſeſſionem miſſuros, ſive ſe in poſſeſſionem ire iuſſuros. *L. 1. & L. 2. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Quæ verba cum ſignificent motnm ad locum, aperte ad res ſoli pertinent, non ad res mobiles. Ex poſteriore ſpecie fit poteſtas rerum pignori capiendarum *L. 1. infr. ſi in cau. iud.* Capiuntur autem res, quæ tangi poſſunt, id eſt, corporales. Incorporales, ut non tanguntur, ſic nec capi poſſunt. Hinc ut dixi, dubitatio: an iſtarum quoque rerum poſſeſſio & pignus poſſit tribui iuſſu magiſtratus. Iuſtinianns conſtitnit poſſe in *L. 1. hic.* Verba quidem deſunt: ſed & in rebns mobilibus, & in actionibus eadem ratio eſt, quæ in corporalibus & immobilibus: proinde recte ius idem conſtituitur. arg. in *L. ult. ſupr. de conſt. pec.* Altera † quæſtio eſt, an amiſſa poſſeſſione prætorii pignoris, danda ſit creditori pignoris perſecutio. Naſcitur dubitatio ex eo, quod hoc genus pignoris ita conſtitui diximus, ſi occupetur a creditore. *L. non eſt mirum, D. de pign. act. L. 2. ſupra, qui pot. in pign.* Ex quo ſic recte colligi videbatur: Ex his generibus primum tribuitur poſſeſſio, deinde per poſſeſſionem pignus; igitur poſſeſſione, ut re principali amiſſa, non eſt pignoris acceſſioni locus. *L. 2. D. de pec. L. cum principalis, D. de reg. iur.* Item quibus quidque modis contrahitur, iiſdem in contrarium actis diſſolvitur. *L. fere, D. de reg. iur.* Prætorium pignus poſſeſſione conſtituitur, ut diximus: quare & amiſſa poſſeſſione idem diſſolvitur, *d. L. fere, D. de reg. iur.* Adverſus has dubitationes conſtituitur in *L. ult. hic*, prætorio pignore ſemel conſtituto eandem vindicationem creditori tribui, quæ tribuitur iis, qui pignus ex conventione habent: & recte. Non enim obſtat, quod diximus in hoc genere pignorum pignus ex poſſeſſione naſci. Naſcitur ex poſseſſione, ſed non ſola. Conſtituitur etenim & animo creditoris, qui poſseſſionem occupando, eo animo eſt, ut & pignori rem habeat. Proinde pignus hoc modo conſtitutum non amittetur amiſsa poſſeſſione, niſi & animus recedendi a pignore acceſſerit. Nec verum eſt pignus in his cauſſis conſtitui per conſequentiam ex poſſeſſione. Duo enim principaliter ex hoc genere conſtituuntur, poſſeſſio, & pignus: Eo fit, ut uno amiſſo, nihilominus alterum retineatur, iuxta *L. ſi mihi eo, D. de ſer. ruſt. præd.*



AD TITU-

AD TITULUM XXIII.

COD. SI IN CAUSSA IUDICATI PIGNUS CAPTUM SIT.

Ad L. Res. 1.

Res ob caussam iudicati datas eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri, ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam in vicem iustae obligationis succedit ex caussa contractus auctoritas iubentis. PP. V. Kal. Aug. Romae, Antonino A. IV. & Balbino Coss.

Ad L. Cum. 2.

Imp. Alexander A. Valeriano.

Cum in caussa iudicati aliqua res pignori capitur: per officium eius qui ita decrevit, venundari solet, non per eum qui iudicatum fieri postulavit. Et si alio emptore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente, is cui iudicatus satis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit admissus: cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet. PP. VI. Kal. Maii, Maximo II. & Aeliano Coss.

Ad L. In caussa. 3.

Imp. Gordian. A. Antigono.

In caussa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta, potius distrahi, quam iure dominii possideri consueverunt; si tamen per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet. PP. Idib. Aug. Gordiano A. & Aviola Coss.

SUMMARIA.

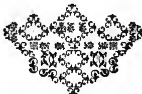
1. *Pignus in caussa iudicati captum, cum sit praetorium, cur distinguatur a superiore titulo, qui est de praetorio pignore.*
2. *Pignus in caussa iudicati captum quid differat ab altero praetorio, item a conventionali in iure vendendi pignoris.*
3. *Pignora in caussa iudicati cum capta distrabuntur per apparitores, cur magistratus dicatur rem exsequi extra ordinem.*
4. *Si pignus ex caussa iudicati captum non reperias emptorem, quid agendum.*

1 QUod † distinguitur hic titulus de pignore in caussa iudicati capto a titulo superiore de praetorio pignore, non est argumentum prius illud dumtaxat esse praetorium. Sic enim distinguitur, ut species a genere. Superiore titulo generaliter de omni praetorio pignore actum est; proinde & de pignore ex caussa iudicati capto: ad quod potissimum dubitationes & decisiones superioris tituli pertinent. Hoc titulo agitur de specie eius pignoris, cum pignus ex caussa iudicati capitur: ideo separatim, ut exponatur ius, quod est in ea specie singulare, & eius proprium. Neque novum est propositis generalibus titulis, subiici titulos de specie, aut contra, ut quid sit proprium in ea specie, cognoscatur. Tit. *de pactis* subiicitur titulus *de transactionibus*. Titulo *de verborum obligationibus* subiicitur titulus *de stipulatione*

ne servorum, & *de duobus reis*. Et ne longius ablerimus, Titulus, *Si aliena res pignori data sit*, distinguitur a generali subiecto; *Quae res pign. obligari possint*. Et huic generali subiicitur titulus, *Si pignus pignori datum sit*; qui sequitur. Item Titulo *De pignorib.* subiiciuntur isti *de pratorio pignore*, &, *Si in caussa iudic.* Quid autem contineatur in hac specie pignoris, sic optime intelligetur, si cognoverimus, quid habeat haec species cum priore specie commune; tum quid proprium distinctum a superiore specie, idemque a pignore conventionali. Huius speciei & superioris communia haec sunt: in utraque constituitur pignus iussu magistratus. In utraque ita constituitur, si creditor pignus occuparit, ut superiore titulo ostendimus. Sed & ex priore specie creditor ipse pignus occupat: occupat item & ipse ex hac posteriore, ut aperte scriptum est in *L*. 2. & *L. cum rempubl. supr. qui pot. in pig. hab.*

2 At † speciei posterioris, de qua hic agitur, hoc est proprium. Nam pignus occupatum ex iis caussis, ex quibus in possessionem mitti solet, non statim distrahi potest, neque semper, ut declarabunt singulae caussae, ex quibus fit missio in possessionem, quae suis titulis declarantur. Notantur tituli in glossa *L*. 1. *D. quib. ex caus. in pos. eat.* Pignus vero ex caussa iudicati sic capitur, ut etiam distrahi possit, ut & possunt pignora conventione constituta. *L*. 1. *hic*. Sed tamen & haec distractio differt a iure distrahendi pignoris conventionalis. Pignus conventionale unusquisque creditor sua auctoritate recte vendit, *L. si cessante*, *inf. de distr. pign.* Non item pignus ex caussa iudicati captum: id enim distrahi debet a magistratu per apparitores, ut cautum est in *L*. 2. *hic*, Praeterea quia creditor pignus conventionale vendit, necesse est alium emptorem esse, quam ipsum creditorem. Neque enim idem creditor venditor esse potest & emptor. At quia pignus ex caussa iudicati captum, a magistratu distrahitur per apparitores: eo fit, ut creditor etiam ad licitationem & emptionem eius pignoris admittatur, & rem auferat ex auctione, si vel nullus alius emptor exsistat, vel exsistat, sed creditor pluris liceatur. Haec in *ead. L*. 2. *hic*.

Atque † hinc obiter notandum est, quod dicitur magistratus in hac distractione sententiam suam exsequi extra ordinem, ut in *L. si pignora*, *D. de evict.* quam recte videlicet id dicatur, non una de caussa. Scripsi superiore titulo eo recte dici: quia magistratus rem capiens & distrahens per apparitores sententiam illo modo exsequatur manu & vi. Quod & verum est. Sed adde ex hoc loco hanc quoque caussam alteram: quod in reliquis pignoribus ordinario & consueto iure tribuitur creditoribus ius pignoris distrahendi, a quo more & ordine cum discedatur in hac specie pignoris, quod a magistratu distrahitur per apparitores: merito distrahi dicitur extra ordinem. Sed † ex caussa iudicati pignus distrahitur, si reperiatur aliquis emptor. Quid igitur, si fraude debitoris nullus emptor reperiatur? Creditor ius dominii impetrabit a principe, ut est in *L. ult. hic*, de quo dicetur proprio titulo *infr. de iur. dom. imp.* 3 4



AD TITU-

AD TITULUM XXIV.

COD. SI PIGNUS PIGNORI DATUM SIT.

Ad L. Etiam. 1.

Imp. Gordianus A. Lamponi, & aliis.

Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse iamdudum placuit: scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tandiuque eum is qui ius repræsentat, tueatur, quandiu in caussa pignoris manet eius qui dedit.

§. *Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis: isque qui accepit, alii ea possessionem cuius usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor eius, id in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit. Quod si non fuit vestro creditori ususfructus, sed ipsa possessio pignorata, & ante exolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit: non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, divorum principum placitis continetur. PP. Idib. Septembr. Pio & Pontiano Coss.*

Ad L. Si creditor. 2.

Impp. Diocletianus, & Maximianus AA. Gemello.

Si creditor possessionem quæ a parentibus tuis pignoris iuri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit: examinata fide viri, poteris eam soluto eo quod ex hac caussa creditori debetur, interceßu præsidis provinciæ recuperare. PP. XIII. Kal. Ian. ipsis IV. & III. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Pignus pignori datum quid iuris in secundum creditorem transferat.*

Creditor rem sibi pignori obligatam alii creditori suo recte pignori obligat, & quod hic dicitur, pignus pignori dare potest. *L.* 1. *hic*, *L. grege*, 1 §. 1. *D. de pig.* Huius † posterioris pignoris quæ vis sit, hoc titulo explicatur. Vis ea est, ut quantum primus creditor iuris habuit in pignore, tantum iuris in secundum transferatur, nihil amplius. Primus creditor hypothecariam actionem habuit ad rem vindicandam *L. pignoris sup. de pig.* Habebit igitur & secundus. *L.* 1. *in prin. hic.* Primus creditor iure suo potuit rem distrahere, ac re distracta emptio retractari non potest, neque a debitore, neque ab ullo alio creditore. *L. pen. & L. ult. sup. si antiq. cred.* Idem iuris erit, & si secundus vendiderit, quanvis debitor cum eo nihil contraxerit, *L.* 1. *in fin. hic.* Sed tantum vindicare potest, & distrahere secundus creditor, quantum primus potuit; nihil amplius, ut declaratur exemplo in *L.* 1. *hic.* Nam si primo creditori possessio pignori data sit, id est, fundus, & is eam pignori dederit: recte eam distrahit creditor. Sin usus-fructus tantum primo creditori pignori datus sit, & is integram possessionem secundo creditori pignori dederit: frustra secundus creditor possessionem alienabit; quia nec posset alienare primus creditor. Plus autem iuris ille transferre non potuit, quam habuit. Tamdiu quoque pignus secundi creditoris manet, quamdiu & manet ius primi creditoris. Ea res facit, ut si debitor pecuniam primo creditori solverit, eadem opera & pignus a primo creditore liberetur, & liberetur a secundo. A primo: quia illi solutum est, & pignus solutione tollitur. *L. item, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* A secundo: quia ille nihil amplius iuris habuit, quam quantum fuit penes primum creditorem. Hæc sententia est *L. ult. h. tit.*

AD TITU-

Digitized by Google

AD TITULUM XXV.

COD. DE PARTU PIGNORIS ET OMNI CAUSSA.

Ad L. Partus. 1.

Imp. Alexander Mestriano.

Partus pignoratæ ancillæ in pari caussa esse, qua mater est, olim placuit. PP. Idib. Maii, Agricola & Clementino Coss.

Ad L. Cum pignoris. 2.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Annoso, & Antonino.

Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua quam accepistis pecunia proponatis: horum mancipiorum operis quas creditor accepit, vel quas percipere potuit in usuras computatis & post in sortem: extenuato debito, residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus, mancipia vobis præses provinciæ restitui iubebit. S. V. Kal. Ianuar. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Re aliqua pignori obligata, etiam fructus, & quæcunque inde edita pignori esse: & cur.*

1 RE certa † quailibet quanvis specialiter pignori data, etiam quæ ex ea re nascuntur, pignori esse intelliguntur, quanvis de his nihil nominatim convenerit, veluti ancillæ partus. *L.* 1. *hic*, *L. Paulus*, §. 1. *fideiuss.* §. *ult. D. de pig.* In eadem caussa sunt fructus fundi, pecorum fœtus *L. si convenerit*, §. *si fundus*, *D. de pig. act. L. grege*, *in pr. D. de pig.* Non obstat, quod dicitur, nullam rem pignori esse, nisi quæ generaliter, aut specialiter pignori obligata sit. *L. quanvis*, 17. *sup. de pig.* Nam & re aliqua principali obligata intelliguntur una obligatæ singulæ eius partes. Fructus autem omnes, & quæcunque ex re postea nata sunt, aliquando rei pignoratæ partes fuerunt; nempe tunc, cum rei, unde nata sunt, cohærebant. *L. fructus*, *D. de rei vind.* Lex ultima hoc titulo explicanda est *ex L.* 1. & *L.* 2. *sup. de pig. act.* & *L. creditor sup. de pig.*

Ad L.

Digitized by Google

AD TITULUM XXVI.

COD. DE REMISSIONE PIGNORIS.

Ad L. Si te. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Proculo.

Si te manumissum, & in libertatem moratum sciente ea cui pignoris nomine obligatus diceris, præsidi probaveris: ex consensu creditricis remissam pignoris obligationem apparebit: & per hoc iure te manumissum, nec ab herede creditricis in servitutem peti posse, certum est. PP. XII. Kalend. Maii, Antonino A. II. & Geta. II. Coss.

Ad L. Si probaveris. 2.

Idem A. Materno.

Si probaveris te fundum mercatum, possessionemque eius tibi traditam, sciente & consentiente ea quæ sibi eum a venditore obligatum dicit: exceptione eam removebis. Nam obligatio pignoris, consensu & contrahitur & dissolvitur. PP. II. Id. Febr. Antonino A. III. & Geta. III. Coss.

Ad L. Debitum. 5.

Idem A. Asclepiadi.

Debitum cuius meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti: etiam nunc petere non vetaris, & usitato more pignora vindicare. PP. VI. Id. Septemb. Gordiano A. II. & Pompeiano Coss.

Ad L. Si eo tempore. 6.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Argio.

Si eo tempore quo prædium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum præsentes essent, ius suum executi non sunt: possunt videri obligationem pignoris amisisse. PP. III. Id. Febr. Maximo II. & Aquilino Coss.

Ad L. Creditricem. 7.

Idem AA. Paulino.

Creditricem patrui tui sub obligatione fundi qui per chirographum nexus pignori fuerat, iubentem eandem cautionem reddi: pignoris etiam ius remisisse videri, manifestum est. PP. V. Id. Septemb. Diocletiano III. & Maximiano AA. Coss.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Si hypothecas. 8.

Idem AA. & CC. Apollonio.

Si hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium: palam est [etiam] actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant, nam fiscalis hastæ fides facile convelli non debet. PP. XIV. Kalend. Septemb. ipsis IV. & III. AA. Coss.

Ad L. Solita. Ult.

Imp. Iustinianus A. Ioanni *Præfecto prætorio.*

Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum quæ quibusdam creditoribus suppositæ, postea a debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui præbente, & quodam legitimo postea modo res ad priorem dominum revertuntur. In hoc etenim casu diversæ sententiæ a legum prudentibus habitæ sunt, quibusdam dicentibus ius pignoris creditori renovari propter verbum futurarum rerum, *quod in generalibus hypothecis poni solitum est, aliis penitus extingui. Nobis autem visum est, eum qui semel consensit alienationi hypothecæ, & hoc modo suum ius respuit: indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietare. Dat. Constantinop. post consulat. Lampadii & Orestis. VV. CC. anno secundo.*

SUMMARIA.

1. *Remissione pignus tolli, & remittere quid.*
2. *Quocunque modo declaretur consensus de remittendo pignore, ad liberandum pignus nihil referre; & quibus modis declaretur.*
3. L. debitum, C. de rem pig. *exposita.*
4. *Consentientem alienationi pignoris pignus remisisse videri; cur, & quid hic consensus desideret.*
5. *Consensum in alienationem apertum requiri.*
6. *Caussæ tres, in quibus hypotheca sciente creditore alienata, pignus remissum videtur.*
7. *Rem pignori obligatam, remisso semel eius rei pignore, non recidere in obligationem pignoris, quanvis rursum acquisita sit debitori, & eius bona omnia ante remissionem fuerint pignori obligata.*

L. ult. C. de remis. pig. *explicata.*

Pignus citra consensum & remissionem
creditoris non tollitur, quantomvis
debitor rem obligatam alienarit, aut po-
stea cum alio quovis creditore contraxe-
rit. *L. penult.* & *L. 3. hoc tit.* Credi-
1 tore † autem pignus remittente, statim
eius consensu pignus solvitur. *L. 3.* &
L. 4. hoc tit. Remittere pignus est vo-
luntate sua a pignore discedere, seu
consentire, ne res amplius pignori hy-
potbecæve sit, ut significatur in *d. L. 4.*
Utrum hoc consensu ac remissione pignus
tollatur ipso iure, an per exceptionem,
diximus ad *L. maior, sup. de pig.* Quo-
cunque † modo hic consensus declaretur, 2
pignus liberatur. Semper enim idem con-
sensus est. Declaratur hic consensus ac re-
missio tribus modis. Primum aperta con-
ventione de remittendo pignore, cum sci-
licet paciscitur creditor, ne res pignori
sit, ne de pignore amplius agat. *L. sol-
vitur, in pr. L. sicut. §. 1. D. quib.
mod. pig. vel hypo. sol.* quæ pars dubita-
tionem non habet. Secundo modo decla-
ratur hic consensus conventione de prin-
cipali debito interposita, seu principalis

debiti remissione. cum creditor aut paciscitur, ne pecuniam petat, aut alio modo declarat voluntatem suam de debito remittendo, quocunque modo id faciat, *d. L. solvitur, in pr.* Huc pertinet *L. creditricem, hoc tit.* in qua pro certo ponitur creditorem videri ius pignoris remisisse, si cautionem debiti debitori reddiderit. Hoc ideo; quia creditor cautionem reddendo debitori suo, convenire intelligitur, ne ab eo petat. *L.* 3. *D. de pact.* Adeo autem verum est, remissione debiti principalis per consequentiam a pignore discedi, ut quanvis debitum inutiliter remittatur, tamen pignus tollatur a remissione: si modo is, qui debitum remittebat, pignus quoque remittere potuit, & voluit. Ut si proponas uxorem debuisse marito suo decem, & marito quasdam suas res pignori dedisse: si maritus hoc debitum uxori remittat, inutiliter remittit: quia ius prohibet donationem inter virum & uxorem. Sed nihilominus pignus liberatum erit; quoniam in pignore nulla donatio est: hoc Papinianus in hac specie in *L.* 1. *§.* 1. *D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.*

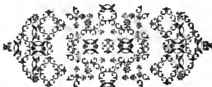
3 Videtur † tamen obstare huic sententiæ *L. debitum, hoc tit.* ubi debito per pacti conventionem inutiliter factam remisso, placet non tantum principalem obligationem manere, sed etiam pignora. Dicendum est conventionem inutiliter factam in eo rescripto accipi debere, quæ vere & in totum inutiliter facta sit tam, de principali debito, quam de pignoribus. Quod tunc accidit, cum is creditor debitum remisit, qui nec debitum remittere potuit, nec pignus; aut neutrum voluit. Non potest remittere pupillus, minor viginti quinque annis, furiosus, prodigus. Non vult autem remittere utrumque, qui paciscitur aut deceptus dolo, aut coactus metu. Et ideo bene Accursius id rescriptum ad has species retulit, non repugnantibus, sed maxime consentientibus verbis. Non est in hac caussa maritus, qui ut remittere uxori debitum voluit, & per debitum pignus: ita & potuit remittere, si non debitum, at certe pignus.

4 Tertio † modo declaratur consensus creditoris de pignore remittendo, si venditioni, alienationi, oppignorationi hypothecæ consentiat. *L.* 2. *hic*, *L. si consensit*, *L. sicut voluntate*, *D. quib. mod. pig. vel hyp.* Hæc conventio & remissio etiam in hac specie & in superiore proxima colligitur non ex verbis, sed ex consequentia præcedentis consensus necessaria. Non enim potest debitum remitti, quin tollatur accessio pignoris. *L. in omnibus speciebus, D. de solut.* Non potest etiam creditor utiliter consentire alienationi pignoris, nisi pignus remittatur. Nam manente eadem caussa pignoris licuit creditori etiam invito debitore rem alienare. *L. debitorem, sup. de pig.* Hinc ita voluntas colligitur. Voluit creditor, quod antecedit; voluit igitur, & quod necessario consequitur. Illud in hac specie tenendum est, venditionem & alienationem eam nos hic accipere debere, non de qua solum consenserit creditor, ut sequeretur; sed quæ etiam revera secuta sit, & cum effectu ita, ut nec solveretur: & præterea secuta eo modo, in quem creditor consensit. Nam alioqui aut non est alienatio, quam hic quærimus, aut non intervenit creditoris consensus. Quibus rebus pariter efficitur, ne videatur creditor pignus consensu remisisse, *L. sicut. §. supervacuum, L.* 4. *L. voluntate, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* quem locum pluribus exposui in methodo huius argumenti sub tit. *quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Ex † hoc 5 postremo modo remittendi pignoris quæstio nata est, si debitor pignus alienet sciente creditore, neque aperte consentiente alienationi, neque rursum aperte dissentiente: an videatur silentio suo alienationi consensisse, atque ita pignus remissum esse. Et placuit non videri, sed ut pignus remittatur, oportere creditorem aperte consensisse alienationi. *L. sicut, § non videtur, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Et ita quod in *L.* 2. *hic*, dicitur, pignus removeri, si sciente & consentiente creditore pignus alienatum sit, hoc verbum *consentiente*, per emphasin dictum accipere debemus, ut sit, aperte & nominatim consentiente; quandoquidem scientia creditoris sola non sufficit.

Sed † hoc loco tres species rerum excipiuntur, in quibus re alienata sciente 6 creditore silentium creditoris solum pro consensu habetur, & pignus remittitur. Primum servi sciente creditore manumissi: de quo scriptum est in *L.* 1. *hic.* Hoc propter favorem libertatis. Deinde res omnes venditæ sciente creditore, de quibus creditor publico programmate admonitus est eas vendi, neque ius suum exsecutus est: de quo in *L. si eo tempore, h tit.* Publicum programma sunt literæ publicæ & palam proscriptæ & propositæ, quibus continetur res illius debitoris vendi, & admonentur creditores, ut si qui putent eas res sibi obligatas esse, adsint, quod intelligitur ex *L. sed si pupillus, §.* 1. *D. de Instit. act.* In hac specie placet creditores præsentes programmate admoni-

moniios videri pignori renuntiasse, ne eorum fraudnlenta dissimulatio emptoribus noceat; qui si scivisent, rem aliis pignori obligatam esse, non emissent. Postremo excipinntur res, quæ a fisco venditæ sunt sub hasta scientibus creditoribus, ut est in *L. si hypothecas, hoc tit.* Quibus verbis intelliguntur creditores, qui sciverunt res a fisco vendi. Et hoc propter favorem fisci, ut eadem lege declaratur.

7 Remissionis † pignoris hæc vis est, ut pignore semel remisso voluntate creditoris, eadem res non recidat postea in pignoris obligationem sine nova pignoris conventione, quanvis creditor eius rei dominium denuo postea acquisierit, & quanvis res suas omnes obligaverit creditori, & quas babet, & quas postea acquisiturus est. Quod postremum effectum est constitutione Iustiniani in *L. ult. hic.* Sed videtur prima fronte inique constitutum. Nam quæ res verbis generalis obligationis continentur, eædem etiam obligatione pignoris continentur. Atqui hic res postea a debitore quæsita verbis obligationis generalis continetur, est enim ex his rebus, quas debitor postea habuit: ergo & ea continetur obligatione generali pignoris. Sed verum non est, quidquid verbis obligationis generalis continetur, id etiam obligatione pignoris contineri, nisi contineatur sententia quoque contrahentium. Unde dicimus obligatione generali pignoris non contineri eas res, quas verisimile est aliquem specialiter obligaturum non fuisse. *L. obligatione, D. de pig.* Iam vero in proposito ita est res, de qua quæritur, quæ denuo acquisita est debitori, ut verbis quidem generalis obligationis contineatur; sed non contineatur ex sententia contrahentium. Est enim excepta postea remissione creditoris, dum is consensit, ut liceret debitori eam alienare. Sed & hic rursum nobis occurretur. Hæc res desiit obligata esse, quia alienata est. Quare si redierit postea in bona debitoris, restaurabitur etiam pignus, quia caussa cessante cessare debet effectus. *L. quod dictum, D. de pact.* Sed nec hoc verum est, hic pignus ideo extinctum esse, quia res alienata fit: imo ideo extinctum est, quia creditor rem pignoris obligatione eximi voluit. Proinde nec redibit in eam obligationem sine contraria debitoris & creditoris voluntate. Bene igitur superius illud a Iustiniano constitutum est. Sed animadvertendum est, hoc dictum esse a Iustiniano de ea re a debitore consensu creditoris alienata, quæ ad debitorem postea reversa est legitimo modo. Ubi *legitimo modo reversam* intelligere debemus, quæ rediit ad debitorem sine ulla fraudis suspicione. Id enim referri debet ad id, quod placuit, ubi debitor rem recipit non sine suspicione fraudis, non videri pignus remissum, quasi nec vere alienatum fuerit, atque id tunc evenire, cum debitor rem alicui vendidit, & eandem postea ab eo recepit. Sic autem rem carere suspicione, ut res recepta non redeat in obligationem pignoris, si proponas debitorem successisse ei, cui prius rem vendiderat, aut eam rem debitori legatam esse, quæ sententia est *L. sicut, §. supervacuum, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.*



Digitized by Google

AD TITULUM XXVII.

COD. ETIAM OB CHIROGRAPHARIAM PECUNIAM PIGNUS TENERI POSSE.

Ad L. unica Pignus.

Imp. Gordianus A. Festo.

Pignus intercidit, si novatione facta, in alium ius obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. Quod si pactum inter te, eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur: quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. At si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quæ sine pignore debetur; eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, afferentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt, quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. PP. Idus Martiis Gordiano A. & Aviola Coss.

SUMMARIA.

1. *Chirographaria pecunia quæ.*
2. *Novatione voluntaria pignus tolli: si tamen interposita sit hac lege, ut eædem res sint pignori: pignus cum eadem prærogativa temporis renovatum videri.*
3. *Novatione necessaria, seu litis contestatione pignus non solvi.*
4. *Etiam ob chirographariam pecuniam, quæ peti possit, retineri posse a creditore id pignus, quod ei in aliam caussam obligatum erat: & quo iure.*
5. L. solutum, §. si sortem, D. de pig. act. *explicatur.*

HUius rescripti duæ sunt summæ quæstiones, de quibus consultus fuisse videtur Gordianus Imperator. Prior est, an novatione qualibet pignus solvatur. Altera; an pignore manente possit id pignus retineri a creditore, non tantum in eam summam, in quam nominatim obligatum est a debitore, sed etiam in chirographariam pecuniam ab eodem debitore eidem
1 creditori debitam. Chirographariam † pecuniam titulus vocat, quæ in rescripto dicitur accepta esse sine pignore, item accepta simpliciter: in illis verbis; *At si in possessione;* ut intelligamus chirographariam dici, quæ chirographo tantum cauta est; non etiam pignore.
2 De † novatione sic constituitur hoc loco; interesse, utrum voluntaria sit novatio, an necessaria. Novatione voluntaria pignus intercidere; sed ita, si in novatione facienda non convenerit ut eadem res pignori esset creditori in novam obligationem; diversum esse, si id convenerit. De novatione idem traditur in *L. solutum, in princ. D. de pign. act.* Et habet hanc rationem; quia novatione principalis obligatio tollitur. *§. præterea, Inst. quib. mod. toll. obl.* Dissoluta autem obligatione principali etiam liberantur accessiones, ut pignora, *L. in omnibus speciebus, D. de solut. L. item, D. quib. mod. pig. vel. hyp. sol.* Quod de conventione superiore diximus, idem traditur in *d. L. solutum, D. de pig. act.*

Et adeo verum est ea conventione renovata eandem rem pignori teneri creditori, ut etiam cæteris creditoribus in ea præferatur, uti ex priore obligatione præferretur; quia ex hac conventione creditor in locum suum succedit. *L. creditor, §. Papinianus, D. qui pot. in pig. hab.* huc pertinet *L. 1. supr. si antiq. cred.*

De-

Declaratur hoc ius in hoc rescripto exemplo facti huiusmodi. Primus debitor centum a creditore accepit, & ei fundum Tusculanum pignori obligavit. Cum debitor hunc fundum vendere vellet alii, placuit, ut qui empturus erat, ita emeret, si obligationem venditoris, eiusdemque primi debitoris in se susciperet, & ita eum liberaret, quod & factum est. Itaque creditor eam pecuniam, quæ a Primo debebatur, sibi dari ab emptore stipulatus est novandi animo: sed hac lege, ut idem fundus etiam nunc sibi in eam obligationem pignori esset. Dicimus, quanvis sine ista conventione extinctum esset ius pignoris, tamen ea adiecta, in novatione facienda manere pignoris obligationem, & eandem prærogativam in pignore, quæ fuerat. Hæc † dicta sunt de novatione voluntaria. At necessaria novatione interveniente non minus pignus perseverat, quam ante. Necessaria novatio fit, cum creditor personali actione experitur iudicio adversus debitorem suum de ea pecunia, in quam pignus obligatum erat, & debitor condemnatus est: ubi scilicet prior obligatio, qua tenebatur, transfunditur in novam obligationem & actionem iudicati, *L. aliam*, *D. de novat.* de qua dicetur postea suo loco. Hac condemnatione, &, ut diximus, novatione non tollitur pignus, *L. solutum, in prin. D. de pig. act.* quoniam litis contestatio meliorem creditoris conditionem facere solet, non deteriorem, *d. L. aliam*, *de novat.* *L. non solet*, *L. nemo enim*, *D. de regul. iur.* Hoc est, quod illis verbis rescripti significatur: *quanvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem.* Quibus similia verba iam supra legimus, & interpretati sumus, in *L. quanvis*, 8. *de pign.* Atque hæc de novatione, de qua est prior pars huius rescripti.

3

4 Quod † ad posteriorem quæstionem attinet, ita definitur hoc rescripto: pignore manente, creditorem persecutionem pignoris habere duntaxat in eam summam, in quam nominatim id pignus obligatum est; retentionem autem pignoris non tantum in supra scriptam summam, sed etiam in omnem aliam quæ ab eodem debitore eidem creditori sine pignore debeatur. Hic quæritur, quo iure creditor rem debitoris retinere possit sibi non obligatam? Et additum est in rescripto, *creditorem id consequi exceptione doli mali debitori opposita:* Quæritur, in quo nascatur hæc exceptio. Respondeo, in eo, quod debitor a creditore sibi restitui rem pignori obligatam postulat, & ita sibi a creditore solvi, cum ipse nolit creditori solvere, quod ei debet. Ita enim postulat in creditorem ius statui, quo ipse uti non vult, contra æquitatem naturalem, & illam partem edicti, *Quod quisque iuris in alium statuerit, ut ipse eodem iure utatur*, Titul. *quod quis. iur. D.* Sed debitam chirographariam pecuniam hic accipere debemus, quæ vere debita sit, ut & peti possit, qualis est mutua: talis enim exigitur illis verbis: *nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt.* Alioqui contra erit; & ideo si debitor, qui in sortem & usuras minores fundum obligaverat, postea maiores usuras pacto tantum promiserit sine pignore: placuit in maiores illas pignus retineri non posse, *L. per retentionem*, *supr. de usur.*

5 Utcunque † tamen pecunia chirographaria debita fuerit, obstat huic constitutioni *L. solutum*, *§. si in sortem*, *D. de pig. act.* ubi traditur, si debitor sortem & usuras debeat, & in unam summam ex iis pignus duntaxat obligatum sit, ea summa soluta pignus in alteram summam non teneri, sed statim competere debitori pigneratitiam actionem. Respondebimus duobus modis. Primum, illum locum sic recte interpretari nos posse, ut pignus obligatum sit in alteram summam duntaxat: nempe hoc expresso, ut in eam summam duntaxat obligetur. Præterea & hoc modo, ut quod dicitur in hoc rescripto, pignus in unam summam obligatum, in alteram summam retineri posse, sic accipiendum sit: si altera summa postea credita sit sine pignore. Quod si cum pignus in unam summam dabatur, utraque summa iam debebatur, ut accidit, cum & sors & usuræ debentur; dicendum est, quod scribitur in *d. §. si in sortem:* nimirum pignus in unam summam obligatum, in alteram teneri non posse, optima ratione, quod qui in unam dedit, is alteram excepisse intelligitur, arg. in *L. si cum dotem in princ. D. solut. mat. L. maritus*, *supr. de prec.*

Sed hæc retentio pignoris creditori comparata est duntaxat adversus debitorem rem suam repetentem; non item adversus creditores quibus postea eadem res obligata sit, ut dicitur in extremo huius rescripti. Quo exemplo recte placet in glossa ultima, idem de omnibus extraneis possessoribus dicendum esse, ad quos ea res pervenerit. Et merito: nulla enim talis doli exceptio illis obiici potest, qualem debitori obiici posse diximus.

AD TITU-

Digitized by Google

AD TITULUM XXVIII.

COD. DE DISTRACTIONE PIGNORUM.

Quæstionem huius tituli propriam cognosce ex *L.* 4. & *seqq.*

Ad L. Fundum. 1.

Imp. Alexander. A. Pacatæ.

Fundum pignori obligatum si creditor ex fructibus debitum consecutus est, eum ipso iure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest. PP. Idib. Ianuar. Maximo II. & Æliano Coss.

SUMMARIUM.

1. *Non potest distrahere pignus creditor, qui debitum ex fructibus consecutus est.*

QUod creditor ex fructibus rei pignoratæ percipit, id in sortem imputatur & eatenus debitum exonerat, & simul compensatione eatenus liberat debitorem, *L.* 1. & *L.* 2. *sup. de pig. act. L. ult. sup. de par. pig.* Proinde si tan-
1 tum † ex fructibus creditor consecutus est, quantum illi debebatur, obligatio soluta est, & ea solutione simul pignus liberatum, *L. item, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol. L. in omnibus speciebus. D. de solut.* Pignore hoc modo liberato efficitur id, quod inde colligitur hoc rescripto, pignus id a creditore postea frustra distrahi: non enim distrahi pignus potest, quod pignus esse desiit.

Ad L. Creditor. 2.

Idem AA. Maximæ.

Creditor, qui hypothecæ seu pignori rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videtur vendere, quia precario debitor possidet. PP. XII. Kal. Octob. Maximo II. & Æliano Coss.

SUMMARIA.

1. *An creditor pignus iure distrahat, quod debitor a creditore precario possidet; & quæ dubitandi ratio.*
2. *Litigiosa res, non de qua controversia est inter aliquos, sed de qua lis est iudicio mota.*

IUs est, rem litigiosam vendi non posse, *L.* 1. & *tot. tit. inf. de litig.* Hinc
1 † quæsitum, si forte creditor fundum sibi pignori obligatum precario possidendum reddiderit debitori: deinde debitore non reddente, aut etiam de pignore controversiam faciente, creditor eum fundum vendat; an recte vendat iure pignoris; an vero non recte, quasi videatur rem litigiosam vendere. Rescriptum est non videri hic rem litigiosam, tametsi debitor eam rem precario possideat. Adde amplius non videri litigiosam, etsi debitor neget rem pignori esse; aut interdicat creditori, ne vendat, vel emptori, ne emat, *L.* 1.
infr. de litig. & recte. Non † enim est 2
res litigiosa, nisi ea, de qua lis mota est iudicio, *d. L.* 2. & *Auth. seq. inf. de litig.* quod in proposito non accidit.

Ad L.

Ad L. Hypothecis. 3.

Idem A. Luciano.

Hypothecis, vel pignoribus a creditoribus venundatis, in id quod deest, adversus reum, vel fideiussorem eius actio competit. PP. III. Non. Novemb. Maximo II. & Æliano Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Creditor distractione pignorum non amittit ius exigendi reliqua.*

1 IN *L. creditor qui non, D. si cert. pet.* ita definitur: creditor, † qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem eius debitæ quantitatis, in quam pignus non sufficit. Adde ex hoc rescripto, non amittere eum hanc exactionem, etsi pignora distraxerit, ex quorum pretio debitum consecutus non sit. Recte: nam si pignoribus non distractis hanc exactionem habuit: necesse est, habeat & pignoribus distractis, quam ea distractione non amisit. Non debet autem videri ista distractione quidquam amisisse: cum pignorum distractio pro creditore sit, non contra creditorem: absurdum sit autem, quod in hoc comparatum sit, ut alicui prosit, id illi nocere. Sed hæc erat caussa dubitationis, quasi creditor pignorum persecutionem & distractionem eligendo, videretur alii iuri suo renuntiasse. Quod non ita est, nullum enim in hoc facto renuntiationis creditoris argumentum est. De qua re vide plura ad *L. quamvis*. 8. *supr. de pign.*

Ad L. Creditor. 4.

Idem A. Crescenti.

Creditor hypothecas, sive pignus cum proscribit, notum debitori facere, & sibi bona fide rem gerere, & quando licet, testato dicere debet. Si quid itaque per fraudem in pignore villæ venditæ commissum probare potes: ut inferatur actio, quæ ea nomine competit: adi eum, cuius de ea re notio est. PP. Kalend. Iun. Fusco & Dextro Coss.

Ad L. Si residuum. 5.

Idem A. Sossiano.

Si residuum debiti paratus es solvere, præses provinciæ dabit [*tibi*] *arbitrium apud quem quantum sit quod superest ex debito examinabitur, & sive ad iudicem venire adversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad venditionem prosilierit, improba alienatio proprietatis tuæ ius non aufert. PP. XII. Kalend. August. Pompeiano & Peligno Coss.*

Ad L. Quamdiu. 6.

Imp. Gordianus. A. Rogato.

Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata, etiamsi pro parte maiore eam consequutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. PP. XIII. Kal. Sept. Pio & Pontiano Coss.

Ad L.

Ad L. Si cessante. 7.

Idem A. Caro.

Si cessante solutione, creditor non reluctante lege contractus, ea quæ sibi pignori nexa erant, distraxit: revocari venditionem iniquum est: cum si quid in ea re fraudulenter fecerit: non emptor a te, sed creditor conveniendus sit. PP. V. Kal. Novemb. Pio & Pontiano Coss.

Ad L. Si priusquam. 8.

Idem A. Maximo.

Si priusquam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente, facta contestatione eam deposuisti, & hodie quoque in eadem caussa permanet, pignoris distractio non valet. Quod si prius quam offerres, legem venditionis exercuit, quod iure substitit, revocari non debet. PP. III. Nonas April. Gordiano A. & Aviola Coss.

Ad L. Quæ specialiter. 9.

Impp. Diocletian. & Maximian. AA. Cillo.

Quæ specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis, & solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex precio pignoris debito satisfieri possit. Quod si quid deerit: non prohibemini cætera etiam bona iure conventionis consequi. PP. XIII. Kalend. Iun. Diocletiano III. & Maximiano AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Pignus distrahere licere invito debitore, & citra conventionem.*
2. *Licere distrahere, etsi convenerit, ne distrahere liceret; quando & quatenus: & cur nihil hic obstet conventio.*
3. *Pignus statim vendi posse cessante debitore.*
4. *Oblationem pecuniæ solam non impedire distractionem pignoris in pecuniis privatis: in vectigalibus contra.*
5. L. ult. C. de iur. dom. imp. *non impedire, quominus pecunia non soluta pignus statim distrahatur.*
6. *Nec parte debiti soluta ideo impediri totius pignoris distractionem.*
7. *Bona fide & solemniter pignus vendi debere, & hoc quid sit.*
8. *Pignore a creditore nec bona fide, nec solemniter distracto venditionem nihilominus valere, dum emptor fraudis particeps non sit: sed actionem esse adversus creditorem in id, quod debitoris interest.*
9. *Vendito pignore dominium in emptorem transferri, & quo iure.*
10. *Vendito pignore venditionem revocari non posse: extra quam si venditum sit a creditore, ut debitori oblato pretio recipere liceret rem suam; quæ hinc debitori actiones ad rem recuperandam.*

HOrum sex rescriptorum summa ad unam sententiam refertur. Explicant enim, quodnam sit ius creditoris in pignore distrahendo. Itaque de his, quantum huic loco conveniat, coniunctim dicemus. De iure creditoris in distrahendo pignore quatuor hæc quærenda sunt. Primum, an possit creditor suo iure pignus distrahere etiam invito debitore. Secundo loco, si potest, quando possit, utrum statim, & cum videtur, an illi aliquod tempus exspectandum sit. Tertio, quid in pignore distrahendo observare debeat. Postremo quæ sit vis huius venditionis. De † 1

primo

primo sic statuemus, creditori pignus distrahere licere. *L. si cessante*, *hic*. Et quidem licere invito debitore, quæ sententia est tituli proxime sequentis. Plus dicimus, si forte eiusdem debiti nomine plures res creditori pignori obligatæ sint, esse in arbitrio creditoris ex iis rebus, quibus velit distractis, ad ius suum pervenire. *L. creditoris*, *D. eod. tit.* una hac specie excepta, si cui universa bona pignori obligata sint, & quædam ex his specialiter, ubi placet temperari ita iurisdictionem, ut de iis, quæ specialiter obligata sunt, prius agi debeat, quam ad reliqua veniatur, de quo cautum est in *L. 2. supr. de pign.* ubi diximus. Et hoc ius distrahendi pignoris in re certo obligata dubitationem non habet, si ab initio convenerit, ut creditori distrahere liceret. Sed quid, si nihil de eo convenerit? placet eum distrahere posse, sive id convenerit, sive non convenerit; dummodo non convenerit, ne distrahere liceret, ut est in *L. 4. D. de pig. act.* Et hoc est, quod dicitur in *d. L. si cessante*, *hic*. pignus recte vendi, dummodo venditum sit non reluctante lege contractus. Lex enim hic conventionem significat in traditione, aut alienatione rei nostræ interpositam, *L. legem*, *sup. de pact. L. ea lege*, *sup. de cond. ob. caus. dat.* & toto Tit. *sup. si mancip. ita fue. alien.*

2 Plus † complectitur Ulpianus in *d. L. 4. D. de pig. act.* nempe quanvis convenerit ab initio, ne distrahere pignus liceret; tamen creditorem pignus distrahere posse, si ter denuntiaverit debitori, ut solveret, neque solverit. Ter denuntiare quomodo accipiendum sit, quæsitum est. Nos ex tribus edictis, quæ proponuntur adversus debitores absentes ad contumaciam coercendam, *L. contumacia*, *D. de re iud.* quid hic statuendum sit, intelligimus. Non dubium est enim, quin in proposito tres denuntiationes ab Ulpiano exigantur, ut intelligatur debitor post eas extrema frustratione uti. Ita finis & caussa utrobique par & edictorum illorum & denuntiationum, de quibus Ulpianus agit. At inter unumquodque edictum ex illis tribus exigitur, ut non minus intervallum intercedat, quam decem dierum, *L. ad peremptorium*, & *LL. seqq. D. de iud.* Quamobrem & in his tribus, de quibus agit, recte idem intervallum exigemus; ut sic ad extremam frustrationem debitoris conficiatur mensis unus, priusquam creditor pignus contra superiorem conventionem possit vendere. Sed hic occurretur Ulpiano. Nam ius iubet pacta servari, *L. iuris gentium*, *§. cum ait*, *D. de pact.* Quomodo igitur licet pignus vendere contra conventionem? Respondeo, non vendi hic pignus contra conventionem. Nam cum ab initio convenit, ut res pignori esset, vi ipsa convenisse intelligitur, ut distrahere liceret. Ius enim distrahendi pignoris est ita pignoris proprium, ut ab eo non possit separari, adeo, ut cum convenit, ut rem aliquam liceret distrahere, etiamsi non nominatim convenerit, ut ea res pignori esset; tamen pignus constitutum intelligatur: *L. 3. §. ult. D. qui pot. in pig. hab.* nempe ut ex eo, quod proprium est solius pignoris in re aliena, ipsum quoque pignus colligatur. Ergo cum ita convenit a principio, ut rem distrahere liceret, non debemus, neque possumus posteriorem conventionem sic interpretari, quasi omnino pignus distrahere non liceat; alioqui id ageretur, ut pignus non esset pignus, quod est absurdum. Quare posteriorem conventionem commode sic interpretamur: ut ne liceat pignus distrahere, antequam constet extremam frustrationem debitoris præcedere.

Postquam † creditor pignus distrahere potest, videamus, quando possit: quod secundo loco quærebatur. Et expressum est in *L. si cessante*, *hic*. pignus recte vendi, si cessante solutione venditum sit. Ex quo intelligimus, pignus statim vendi a creditore posse, simulatque pecunia deberi cœperit, neque solvetur. Idque adeo verum esse declaratur aliis rescriptis: ut quanvis creditor non interpellato debitore ut solveret, pignus distraxerit; tamen placeat ratam esse venditionem, si distraxerit, prinsquam debitor pecuniam offerret. *L. si prius*, *hic*. Plus † dicimus; etsi debitor pecuniam obtulerit, quam creditor recuset accipere: tamen nihilominus pignus recte vendi, nisi debitor ea adiecerit, quæ solutionis vim habent; puta, nisi pecuniam obsignarit, & obsignatam testato deposuerit, ut declaratur in *d. L. si prius*, & *L. 2. inf.* prox. Tit. *debito. vend. pig. imp. non posse*. De qua obsignatione diximus *ad L. creditor*, *sup. de pig.* Sed huic iuri locus est in pecuniis & quibuslibet præstationibus privatis. In publicis pensitationibus, ut vectigalibus & tributis, quorum nomine prædia obligata sunt, locum non habet. In quibus hoc servatur humanitatis caussa, ne liceat ob vectigal non solutum pignus vendere, nisi debitore vectigal non offerente, & iussu præsidis, tum iusto pretio solemniter res distrahatur. *L. 2. sup. si prop. pub. pens.* Unde non mirum, si in

hoc genere legimus venditionem fundi ob vectigal reip. venditi rescissam, quia dominus professus esset paratum se solvere, & fundus minoris venisset, quam debita summa esset: hoc in *L. pen. D. de resc. vend.* Quod cum in publicis pecuniis debitoribus responsum sit, in quibus singulari iure id observatur: satis intelligitur, superiori iuri de privatis pecuniis & hypothecis constituto non esse contrarium, nec debere ad eas hypothecas & pecunias transferri. Sane si creditore privato accipere pecuniam recusante, aut recusante dicere, quantum debeatur, debitor adversus eum iudicio pignoratitio agere coeperit: Inhibebitur pignoris distractio, ut est in *L. si residuum, hic.* Hoc ideo: quia pignoratitia actio nascitur debitori, cum hæc conditio exstiterit, ut pecuniam solveret, *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* Videtur autem impleta esse conditio, cum per creditorem stat, quominus impleatur *L. in iure, D. de reg. iur. L. iure, D. de cond. & demon.* Et ideo placet sola oblatione pecuniæ in iudicio facta pignoratitiam actionem nasci, & procedere debitori. *d. L. si rem, § ult. D. de pig. act.* Quæ omnia, ut dixi, evidenter probant creditori statim pignus vendere licere.

5 Sed † huic sententiæ opponitur *L. ult. §. 1. inf. de iur. dom. imp.* ubi scriptum est, creditorem pignus suo iure distrahere posse, si ab eius interpellatione, aut iudicis sententia biennium intercesserit. Et vulgo existimatum est, eam legem veteri iuri derogare, quod non probo. Etsi enim illic generaliter de omni creditore scribatur; tamen responsum ex præfatione & proposito Iustiniani interpretandum est. At Iustinianus initio constitutionis præfatur se agere de eo creditore, qui ius dominii impetrare velit. Huc recte accommodabitur, quod dicitur in *§. præterea, Instit. de inut. stip.* responsionem quamvis simplicem & generalem, tamen ad interrogatum referri debere, ut non amplius quisquam respondisse intelligatur, quam de quo interrogatus est, utputa stipulatus sum decem, si navis ex Asia venerit: promissor respondit, dabo, sine ulla conditione: nihilominus eadem conditione respondisse intelligitur, ut semper responsum temperetur interrogatione. Huc etiam pertinet, quod dicitur, ea quæ in præfationibus comprehensa sunt, in subjectis stipulationibus intelligi debere. *L. Titia, §. 1. D. de verb. obl.* Eodem recte accommodabitur & illud, quod in *L. si servus plurium, §. ult. D. de legat. 1.* scribitur de interpretatione voluntatis testatoris: nempe hanc, si cætera obscura sunt, recte colligi ex præcedentibus & sequentibus. At in constitutione Iustiniani legenti apparet, & prima & postrema esse de iure dominii impetrando. Quamobrem longius constitutionem porrigere non debemus: præsertim cum pertineat ad ius vetus & illud æquissimum corrigendum, quod nunquam creditur Imperator facere voluisse, nisi nominatim expresserit. *L. si quando, sup. de inoff. test.* Et certe manifestum est, pignus constitui inutile creditori, si tamdiu expectare cogitur, ut ad suum perveniat. Tenebimus igitur, quemadmodum creditori ius est pignus distrahere: ita ius esse distrahere, quandocumque pecunia soluta non erit. Sed hoc exigitur, ut pecunia soluta non sit. Quod si soluta erit, aut tantum consecutus erit creditor de fructibus pignoris, quantum illi debetur: pignus distrahi non potest, ut pote liberatum obligatione pignoris, ut scribitur in *L. 1. sup.*

Hinc † quæsitum de parte soluta. Quid ergo, si debitor partem debiti solverit, partem non solverit; an quemadmodum saltem pro parte obligationis principalis liberatio nata est, sic pro parte pignus liberabitur, & retardabitur ius pignoris distrahendi? Hic placuit, omnem pecuniam solutam esse oportere, ut inhibeatur pignoris distractio. Quod si factum non erit, quantulumcumque deerit vel de sorte, vel de usuris, nihilominus totum pignus vendi posse, ut ante poterat, *L. quandiu, hic, L. ult. infr. prox. tit.* At enim, dicet aliquis, quæ de tota re constituta sunt, eadem valent etiam de parte. *L. quæ de tota, D. de rei vind.* Iam tota pecunia soluta totius pignoris liberatio nascitur. Quare & parte pecuniæ soluta pro parte pignoris nascetur liberatio, inhibebiturque eius distractio. Et recte hæc dicuntur in iis, in quibus totum est, & pars. Quod in pignore locum non habet. Pignus enim non recipit partis liberationem, non natura sua; nam quæ res pignori dantur, dividi possunt: sed lege conventionis. Datur enim pignus, ut liberetur sub conditione, si pecunia soluta erit: non intelligitur pecunia soluta esse, nisi quæ tota soluta est: *L. heredes, §. idem iuris, D. fam. erc.* Proinde nisi tota pecunia soluta, nihil de pignore liberatur. Et hoc est, quod dicitur, omnem pecuniam solvi debere, ut nascatur pignoratitia actio. *L. si rem, § omnis. D. de pig. act.* Sed hic rursum occurritur: nam principali obligatione sublata non potest pignus 6

gnus manere, cum sit principalis obligationis accessio, *L. in omnibus speciebus, D. de sol.* At parte debiti soluta, nascitur pro ea parte principalis obligationis liberatio. *L. 9. §. ult. D. de solut.* Ergo & pro ea parte pignus, idest, accessionem liberari necesse est. Et totum hoc verum est, dummodo intelligatur, pignus in proposito non simpliciter dici liberari, sed cum adiuncto: liberari videlicet pro ea parte, quæ soluta est: intelligaturque ita pro ea parte pignus liberari, ut iam pro ea parte pignus nec peti possit, nec distrahi. Sed hoc ad rem non pertinet. Non enim quærimus de ea parte debiti, quæ soluta est: sed de ea quæ soluta non est. Pro ea vero parte nos dicimus pignus teneri, & in solidum teneri, quantum ab initio datum est; quia non patitur lex pignoris, ut pignus solutione partis debiti liberetur, ut supra docuimus. Ergo, ut dixi, creditor pignus suo iure distrahere potest, & cum vult, potest, si cessarit vel minimæ partis debiti solutio.

7 Sed † in ea venditione creditori quædam observanda sunt, de quo tertio loco quærebamus. Hæc autem sunt, ut bona fide vendat, & solemniter, ut est comprehensum in *L. specialiter, hic.* Bona fide vendere, est ita vendere, ut bonus paterfamilias faceret in re sua, idest, omnia observare, propter quæ res facile emptorem reperire possit, & quam optime vendi, argumen. *L. ea igitur, D. de pig. act.* vel, quod idem est, bona fide vendere, est vendere observatis iis, quæ in distrahendis pignoribus observari solent. Quod colligitur ex *L. penult. inf. si vend. pig. ag.* ubi scriptum est, pignore vendito his non observatis, videri pignus contra bonam fidem distractum. Solemniter vendere idem prope valet. Solemne enim appellamus usitatum & consuetum, seu quod in re quaque observari solet, ut indicat illa regula iuris: *Etsi ex solemnibus nihil facile immutandum sit: tamen ubi evidens æquitas poscit, subveniendum est.* L. etsi, *D. de reg. iur. L. pen. D. de in integ. restitut.* Unde & solemnes feriæ opponuntur extraordinariis, idest, non certis, non usitatis, sed pro tempore constitutis. *L. sed etsi per prætorem, §. si feriæ, D. quib. ex causs. maior.* Est igitur solemniter vendere idipsum, quod dicitur in *d. L. pen. infr. si vend. pig. ag.* vendere observatis iis, quæ in pignoribus vendendis celebrari solent. Quænam hæc sint, comprehensum est in *L. 4. hic.* Sunt autem hæc primum, ut si res immobilis est, puta ædes, aut fundus, venditor rem proscribat. Proscribere est literis publicis ante ædes, aut eum locum, qui venditur, propositis significare rem venalem esse. *L. sed si pupillus, §. proscribere, D. de inst. act.* Proscriptio hæc eo pertinet, ut excitentur lectores ad emendum, atque ita res emptores reperiat. Deinde exigitur, ut creditor, dum proscribit, notum id debitori faciat. Hoc ideo ex bona fide: quia admonitus debitor poterit quærere & reperire facilius emptorem, aut etiam solvendo creditori eum omni molestia distractionis liberare. Tertium exigitur, ut quoties licet, in re distrahenda testato notum debitori faciat: testato, idest, testibus adhibitis: hoc ideo, ut scire possit debitor, quanti res vendatur, & ne quæratur, si creditor non percipiat tantum, quantum ipsi debetur: & sic constare possit creditori, non posse ex eo pretio satisfieri, ut significatur *d. L. quæ specialiter.* Quod si res mobilis erit, quæ a creditore distrahetur, ea proscribi non potest; sed erit ex fide bona, & ex usu, si ea vendatur sub auctione publica, si forte ea loca erunt, ubi auctiones publicæ vulgo frequententur.

Quid, † si his non observatis creditor 8
pignus distraxerit, an nullius momenti erit venditio? Immo nihilominus valebit, dummodo is, qui emit, non sit particeps fraudis. Huius rei certissimum argumentum habemus in *L. si cessante, in fin. hic,* ubi scriptum est, etsi fraudulenter res vendita sit a creditore, idest, adversus ea, quæ supra diximus, ut indicat *L. 4. supr.* tamen non emptorem de ea re conveniri posse, sed solum creditorem. Si emptio rata non esset, etiam emptor posset conveniri a debitore: iure enim debitor rem suam vindicaret. Nunc autem convenire emptorem non potest: non sane alia de caussa, quam quod dominus rei venditæ esse desiit, atque ideo desiit, quia valuit emptio. Hic aliquis dicet: stulte igitur superiora illa videntur observari si creditor his contemptis potest impune pignus distrahere. Non ita est. Etsi his contemptis valeat emptio, non ideo impune feret creditor, qui illa contempserit: ut non otiose superiora ab illo exigantur. Hæc est pœna, ut debitori sit adversus eum actio, quæ eo nomine competit: sic enim verba sunt *L. 4. in fin. hic.* Quam ergo actionem hic intelligimus, & cuius rei nomine? Nam illic nihil adiicitur amplius, uti nec in *L. pen. infr. si vend. pig. agat,* ubi iubetur simpliciter debitor in caussa experiri competenti actione. Et pignoratitiam directam hic accipere debemus,

bemus, quæ debitori adversus creditorem datur de pignore restituendo, sive id creditor habet, sive culpa sua habere desiit. Hæc enim est actio, quæ de pignore tradito inter creditorem & debitorem nascitur. *§. ult. Instit. quib. mod. re cont. obl.* Quid hac actione petet debitor? Aget in id quod sua interest pignus non ita distractum fuisse, ut creditor distraxit, ut est in *L. 1. infr. si vend. pig. agat.* Quatenus interesse putamus debitoris pignus non ita distractum fuisse? Quanto videlicet pluris valuit, quam venditum est: ut quoniam venditum non est, quanti erat, tantum præstetur, quanto minoris venditum fuit, quam valuit, argument. in *L. 3. infr. si vend. pign. agat.* Ex quo colligimus, si supra scriptis rebus non observatis creditor rem tanti vendiderit, quanti valet, tum debitori nullo modo teneri. Sed tenebitur, illo modo, si non bona fide distraxit. Quid, si bona fide? hic vero nullo modo tenebitur, quanvis minimo res distracta sit: quia nihil sit hoc casu, quod ei possit imputari. Sane si fraudulenter creditor pignus minoris distraxit, & emptor fraudis particeps fuit, nulla erit venditio: certe non impediet, quo minus & emptor de ea re conveniri possit de quo dicetur, ad *L. 1. infr. si vend. pign. ag.*

9 Reliquum † est, quod quarto loco proposuimus, ut videamus, cum pignus recte distractum erit, quæ sit vis, & quis effectus venditionis. Ex scriptum est in *L. si cessante, & L. si prius, in fi. hic.* venditionem iure subsistere, venditionem, quæ subsistit, revocari non posse. Quibus verbis intelligere debemus, non tantum contractum venditionis valere, ut nascatur ex eo actio emptori adversus creditorem; sed ita valere, ut pignore ex ea caussa tradito emptori dominium ad emptorem transferatur. *L. non est novum, D. de acq. rer. dom.* Sed quomodo dominium transferre potest creditor, qui dominus non fuit, cum regulæ iuris non patiantur plus iuris quemquam in alium transferre, quam ipse habet? *L. nemo plus iuris, D. de reg. iur. L. traditio, D. de acquir. dom.* Nihil hic fit adversus regulas iuris, nam cum creditor pignus distrahit, & alienat, ipse debitor alienare videtur, qui dominus fuit: alienatur enim eius voluntate, qui ab initio ita dedit, ut creditori distrahere liceret. *§. 1. Inst. quib. al. lic. vel non.* Nec ad rem pertinet, si nominatim non convenit, ut creditori liceret distrahere, satis enim hoc convenisse intelligitur, cum convenit, ut res pignori esset: quoniam pignoris proprium est vendere licere, ut supra docuimus, & huc pertinet *L. 4. D. de pig. act.* Sed adiecimus dominium pignoris in emptorem transferri, si pignus ei traditum erit a creditore. Quod si ei traditum non est, is dominus pignoris effici non potest, ut est in *L. qui prædium, inf.* propterea quod ita ius est de transferendis dominiis, ut dominium ex consensu non transferatur, nisi traditione. *L. traditionibus sup. de pact. §. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Cæterum pignore tradito sic dominium transfertur, ut emptori postea avocari non possit, ne a debitore quidem, quanvis illi precium offerat. *L. pen. sup. si anti. cred.* Et hoc est, quod in *d. L. si cessante, hic.* dicitur, venditionem revocari non posse. Idque consequens est regulæ iuris, qua efficitur, id, quod nostrum est, sine facto nostro a nobis recedere, & ad alium transire non posse. *L. id, quod nostrum, D. de reg. iur.*

Hoc ita, † nisi cum venderet creditor 10
pignus, convenerit inter ipsum & emptorem, ut si solveret debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam: facit hæc conventio, non solum ut mandata a creditore actione ex vendito agere possit debitor adversus emptorem, & rem repetere oblato pretio, sed etiam possit rem suam vindicare, aut in factum, idest, utili actione suo nomine adversus emptorem agere. *L. si cum venderet, D. de pig. act.* Cuius iuris rationem exposui in methodo sub hoc ipso titulo. Unde & hoc, & alia pleraque ad distractionem pignorum pertinentia tractata copiosius petere licebit. Tantum hic attingere visum est ex eo genere, quantum proprie ad huius tituli Codicis explicationem & nonnullorum locorum huius partis certiorem interpretationem facere videbatur.

Ad L. Et qui sub imagine. 10.

Iidem AA. & CC. Rufino.

Et qui sub imagine alterius personæ, quam supposuerat, iugiter tenet: cum sibi negotium gerat, alienasse non videtur. Iure enim pignoris obligatum prædium, neque si per subiectam personam creditor comparaverit, neque si sibi addixerit, debitori affert præiudicium: sed in eadem caussa permanet, in qua fuit ante huiusmodi collusionem. Sane si debitore distrahente comparaverit, consensu emptionem perfectam (si neque dolus adversarii, neque metus caussa gesta agentur) revocari, exemplo grave est. Si igitur poteris evidentibus probationibus monstrare, creditorem per suppositam imaginarii emptoris personam semper possessionem tenuisse, nec vendita bona fide prædia postea sinceriter comparasse: potes oblata pecunia cum usuris, ad restitutionem creditorem compellere. PP. III. Non Octob. ipsis IV. & III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Creditores pignus emere non posse sive illud per se sibi addicant sive per suppositam personam, & cur, num. 2.*
2. *Per suppositam personam emere quis intelligatur.*
3. *A debitore ipso creditorem recte pignus emere.*
4. *Debitoris esse, probare emptorem pignoris esse imaginarium, & quomodo id probetur.*

EFfectum est supra, crediiorem pignus vendere posse: si vendiderit, emptorem revocare non posse. Id sic accipiendum esse docemur hoc rescripto, si modo vere vendiderit, idest, vendiderit alii, non sibi. Ipse pignus a se emere non potest.
1 Et † sive pignus sibi ipse addicat eo pretio, quo quivis alius empturus esset, sive emat per suppositam personam extranei emptoris, utrobique perinde res habebitur, quasi rem non vendidisset. Merito: non est enim emptio, nisi ubi alius est emptor, alius venditor. *L. 1. D. de rer. permut.* quod non fit, ubi idem creditor & emptoris, & venditoris vice fungitur.

2 Per † suppositam personam emere intelligitur, cum rogat aliquem, ut pignus emat non suo nomine, sed nomine creditoris, & cum pignus acceperit, id creditori reddat, atque hic eventus sequitur. Ideo autem in hac specie extraneus, qui pignus emit, non dicitur emere; quia is demum emere & capere intelligitur, qui id capit, quod est apud eum permansurum. *B. aliud est capere, D. de verb. sig.* Quod autem quis ita capit, ut restituat alteri, is nec capere videtur. *L. cum ei 42. D. de leg. 2.* Eo fit, ut hic emptor magis imaginem & speciem emptoris habere intelligatur, ut hic dicitur, quam emptor esse. Ita restat, ut creditor emisse potius intelligatur: quod cum facere non possit, quia a semetipso emit; efficitur utroque modo nullam esse venditionem pignoris, sive ipse addicat sibi, sive per suppositam personam emat. Unde etiam necesse est, pignus in sua caussa manere.

Inde † quæsitum est, an propterea creditor omnino pignus emere non possit. 3
Respondent Imperatores, posse eum emere a debitore, non a se. Recte: nam a se ideo non potest, quia non est alius qui vendat; a debitore autem recte emit, quia est alius qui vendit: debitor videlicet, idemque rei dominus: qui proinde ius transferendi habet. Quod sane non facit, ut videatur creditor a se emere, quod eum facere posse recte in universum negavimus. Relinquitur igitur, quod est in extremo rescripti, ut si creditor per suppositam personam illius emptoris, de quo diximus, pignus adhuc possidere reperitur, possit debitor de suo pignore pignoratitia actione experiri. Hoc enim consequens erat citra controversiam, si creditor nunquam pignus distraxisset. Interim † necesse habet debitor in hoc iu- 4
dicio intendere, personam illius emptoris, de quo diximus, per quem creditor pignus recepit, esse a creditore suppositam.

Quid,

Quid, an hoc debitor probare debet, an vero etiam citra aliam probationem debitori fides habebitur? Et hic expressum est, debitorem evidentibus probationibus id monstrare debere. Quod respondetur convenienter regulis iuris his: Ei, qui dicit, incumbere probationem: *L. 2. D. de prob.* Item: Actore non probante reum obtinere, quanvis nihil ipse præstiterit, *L. qui accusare, in fin. sup. de eden.* Sed de hac probatione laboratur propter *L. sicut, §. supervacuum, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* ubi in specie pari non videtur exigi probatio ab actore. Et probandum est, debitorem, ut & hic dicitur, semper probare debere, quod intendit, id enim exigunt regulæ superiores iuris. Sed id probabit dupliciter, alias ex iis sermonibus, quibus res gesta est inter creditorem & illum emptorem imaginarium; alias coniecturis ex iis, quæ postea secuta sunt, sumptis. Ex sermonibus: si probatur testibus, creditorem illi emptori mandasse, ut sibi rem emeret. In coniecturis ea erit, de qua agitur in *d. L. sicut, §. supervacuum*, nimirum si res apud creditorem reperiatur, neque unquam pecunia pretii ab illo soluta sit illi emptori imaginario. In hoc genere coniecturarum quæsitum est, an satis sit argumenti, emptorem imaginarium fuisse, si probetur pignus venditum nunquam fuisse illi emptori traditum, sed semper apud creditorem mansisse. Plerique putant hanc probationem esse satis idoneam, ut saltem onus probationis transferatur in creditorem. Sed refragantur verba huius rescripti, in quo proponitur creditor iugiter rem possedisse, & in principio, & in extremo: & tamen in ea specie exigitur, ut debitor nihilominus probet, personam emptoris supposititiam fuisse.

Ad L. Mulier. 11.

Iidem AA. & CC. Rufinæ.

Mulier licet specialiter res pignori dederit pro alio, creditor eas distrahendi non habet facultatem, nisi dissimulatione, marito obligante velut proprias, creditoris ignorantiam circumscripserit. PP. V. Kal. Maii, Heracliæ, AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Mulieris res pignori pro alio a muliere ipsa obligari non posse: ab alio posse qui tanquam suas sciente & dissimulante muliere obliget: & cur utrumque.*

1 Si mulier rem suam pro marito, aut alio quovis debitore pignori obligavit creditori, hic traditur creditorem pignus distrahere non posse. An quod est aliqua caussa, in qua creditor ius distrahendi pignoris sui non habeat? Minime: sed quia in proposito pignus nullum fuit. Prohibet enim Senatusconsf. Velleianum, quo vetantur mulieres pro aliis intercedere, *L. 1. L. 2. D. ad Vell.* Intercedit autem mulier, non solum, quæ se pro aliis obligat vel mandando, vel constituendo, vel fideiubendo, sed etiam quæ res suas obligat pro aliis, eo fit, ut pignus non consistat. *L. quanvis, D. ad Vell. L. si fine, supr. ad Velleian.*

Interdum tamen possunt res mulieris pro alio obligari, quod tunc fit, cum debitor res mulieris tanquam suas pignori dat creditori, mulier autem præsens dissimulavit eas suas esse, idest, silet, neque refragatur: quæ species hic ponitur in extremo, idem scriptum est in *d. L. si fine.* Et hæc ratio est, non quod mulier in hac specie non intercedat, ut in superiore, cum aperte rem suam pignori obligat; sed quia hac dissimulatione creditorem decipit, qui rem debitoris esse credidit, non mulieris: cuius si rem esse scivisset, pecuniam non credidisset. In hac caussa ideo mulieri non succurritur; quia senatusconsulto deceptis tantum succurritur, non decipientibus. *L. 2. §. pen. D. ad Vell.*

Ad L.

Ad L. si debitor. 12.

Iidem AA. & CC. Zotico.

Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam, te non consentiente distraxit: dominium cum sua caussa transtulit ad emptorem. S. Pridie Kal. Maii, Heracliae, AA. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Debitor rem pignori obligatam nonnisi cum sua caussa in alium transferre potest, praeterquam si creditor consentiat alienationi.*

1 NON solus creditor pignoris distrahendi ius habet; sed habet & debitor, † & ita habet, ut si rem pignori obligatam ex ea caussa tradiderit, dominium in emptorem transferat, ut qui dominus fuerit. *S. per traditionem, Inst. de rer. divis.* Sed hac alienatione creditori non nocebit. *L. distractis, L. debitorem, supr. de pig.* ubi diximus. Et hoc est, quod hic dicitur, dominium transferri cum sua caussa, quod significat rem transferri cum sua conditione, idest, ea conditione, quae futura esset, si res alienata non esset. *L. traditio, D. de acquir. rer. dom. L. alienatio, D. de cont. empt. L. via, S. si fundus, D. de ser. rust. praed.* Si debitor consentiente creditore alienavit, sine vetere caussa dominium in emptorem transtulit; quoniam pignus consensu creditoris remissum est. *L. 2. sup. de remis. pig.*

Ad L. Qui praedium. 13.

Iidem AA. & CC. Theodotae.

Qui praedium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet.

S U M M A R I U M.

1. *Creditorem pignus distrahentem dominium transferre: sed ita, si vacuam possessionem tradat emptori; vacua quae.*

1 CReditor † rem pignori obligatam distrahendo, eius dominium transfert ad emptorem. *L. non est novum, D. de acq. rer. dom.* Hoc sic accipiendum est: si ea intervenerint, quibus dominium iure transferri solet; inter caetera si res tradita erit emptori: nam sine traditione dominium non transfertur *L. traditionibus, supr. de pact.* Eo fit ut re emptori non tradita, is quoque actionem in rem nullam habeat: quippe quae soli domino competat; *L. in rem, D. de rei vind.* Exigitur autem hic, ut inducatur emptor in vacuam possessionem, ut & in *L. cum res, sup. de prob.* Vacuam possessionem hic accipere debemus, quam emptor ingreditur creditore tradente, nemine emptorem prohibente. Contra ea non est vacua, quam emptor sic ingreditur, ut alii eam rem possidenti vim faciat, & eo deiecto rem occupet. Quod eo pertinet, ut intelligamus, si emptor ita possessionem occuparit, non iure eum occupasse videri, neque dominum fieri, ut diximus ad *L. 3. sup. de pig.*

Ad L.

Ad L. Si in hoc. 14.

Iidem AA. & CC. Modesto.

Si in hoc, quod iure tibi debetur, satisfactum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus: aditus præses provinciæ, tibi distrahendi facultatem iubebit fieri. PP. XVI. Kal. Decemb. Sirmii AA. Coss.

Diximus creditorem sic pignoris venditi dominium transferre, si etiam rem tradat emptori. Quid fiet, si debitor pignus possideat, quod ob eam caussam creditor tradere non possit? Rescripti huius sententia est, creditorem ius habendi pignoris consecuturum; sed rationem obtinendi esse per præsidem. Quod eo dicitur, ut intelligatur creditorem sua auctoritate possessionem pignoris occupare non posse, de quo in *L.* 3. *sup. de pig.* ubi diximus. Sed verba rescripti expendenda sunt. Ait, *præsidem iussurum fieri creditori facultatem distrahendi.* Non recte hoc responsum dixerit aliquis, atque ideo hæc facultas creditori fieri non potest. Oportet enim id ei tribui sententia præsidis, quod ipse prius non habuit: quod actor habet, id sententia iudicis nulli tribuitur, *L. sicut, §. sed si quæritur, D. si ser. vind. L. unica, infr. de thes. lib.* 10. At constat creditorem facultatem distrahendi pignoris iure publico habere, *L. si cessante, supr. eod.* Et hæc omnia vera sunt, si facultatem distrahendi pignoris hoc loco intelligimus nudam & simplicem facultatem. Sed facultatem distrahendi hic intelligere debemus, facultatem cum effectu, ut sit sensus: præsidem iussurum rem, quæ a debitore detinetur, restitui creditori, ut cum ille acceperit, tum deinde possit vendere, & ex venditionis caussa tradere, ut sic venditio ad effectum perducatur.

Ad L. obligatis. 15.

Iidem AA. & CC. Avianæ.

Obligatis pignori mancipiis a creditore distractis, ac traditis: si post debitor quondam hæc solicitaverit, non venditori, sed emptori contra possidentem in rem competit actio. Dat. Kalend. Mart. Sirmii. CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Pignore a creditore distracto, non ipse, sed emptor rem persequendi ius habet adversus possessorem.*

Si vendito pignore & tradito emptor dominus efficitur, ut effici supra di-
1 ximus: fit eodem tempore, ut † & creditor actionem hypothecariam, quam prius habuit, amittat, quia pignus solutione debiti liberatum est, & simul emptor actionem in rem nanciscatur, quæ domino competit, *L. in rem, D. de rei vind.* Id si ita est, apparet verum esse, quod hic traditur, si emptor eius rei a creditore emptæ possessione exciderit, non creditori actionem in rem competere eius rei persequendæ caussa, quippe quam habere desierit; sed emptori, qui priore traditione dominus sit effectus: quod fit in specie proposita, cum creditor servos sibi pignori obligatos vendidit, & emptori tradidit, & hi postea a debitore solicitati ad eum redierunt, vel ad alium, ut iam de iis revocandis agatur.

Ad L. Unus ex multis. 16.

Vide *L.* 1. *inf. de luitione pign.* & *L.* 1. *inf. si unus ex plur. her. credit.*

Ad L. Rei creditor. 17.

Iidem AA. & CC. Agapæ.

Rei creditor obligatæ generali sive speciali conventione, per creditorem alium, cui non fuerat nexa, venundatæ, non amittit persecutionem. Dat. prid. Non. April. CC. Coss.

SI debitor, idemque dominus rei pignoratæ alienando pignus, eo facto creditori non nocet, quo minus pignoris persecutionem salvam habeat, ut prius: multo minus nocebit eius venditio, aut alienatio, qui nec dominus fuit, nec rem pignori habuit. Vide *L. debitorem, sup. de pig.*

Ad L. Qui a creditore. 18.

Iidem AA. & CC. Caiano.

Qui a creditore pignori obligatum prædium iure emit, de proprietate vinci non potest. S. VI. Kal. Maii, CC. Coss.

SI emptor pignore a creditore tradito eius rei dominus est, ut sæpe iam diximus: efficitur eum de proprietate eius rei a nullo vinci posse, sive agat, sive de ea re conveniatur. Non posse vinci si agat: quia ut dominus habet actionem in rem ad eam persequendam, cuius exitus hic est, ut res actori restituatur, *L. officium, D. de rei vind.* Quod si conveniatur, multo magis exceptionem habebit ad rem retinendam, qui ad eam persequendam actionem habuit, iuxta regulam iuris *L. invitus, §. 1. D. de verb. sign.*

Ad L. Si maritus. 19.

Iidem AA. & CC. Libiæ.

Si maritus tuus mutuam (licet tuam) dedit pecuniam: eorum, quæ pignoris titulo accepit, si ei non successisti, distrahendi nomine tuo nullam habes facultatem. S. VI. Idus Novem. Heracliæ, AA. Coss.

QUI pecuniam alienam mutuo dat suo nomine, & pignus in eam caussam accipit, is pignus domino pecuniæ non acquirit, sed aut sibi, aut nulli, de quo diximus ad *L. etsi frater*: ubi eadem sententia est, *sup. de pig.* Id si ita est, apparet, dominum eius pecuniæ pignus in eam caussam constitutum vendere non posse, quia is pignus non habuit, nisi creditori successerit.

Ad L. Ult.

Iidem AA. & CC. Sabino.

Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore maiore quam ei debebatur, pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, idest, pigneratitia de superfluo competit actio. S. VI. Idus Novemb. Byzantii CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Pignore pluris vendito, quam debetur, rem ex pecunia superflua a creditore emptam esse creditoris, nec debitori restitui debere.*

Creditor si pluris vendat pignus, quam ei debetur, debitor ad concurrentem usque quantitatem debiti liberatur, *L. rescriptum, §. 1. D. eod.* de residuo potest adversus creditorem experiri, ut hic dicitur, idem in *L. ult. infr. si vend. pig. agat.*

1 Quid, † si ex ea pecunia superflua creditor rem aliquam emit? utrum de ea restituenda debitor agere potest, uti posset de ea pecunia agere, ex qua ea res empta est? Et significatur hoc rescripto non posse, quod & recte constituitur. Nam aut erit debitori de ea re empta in rem actio, aut in personam. In rem esse non potest; quoniam debitori ea res quæsita non est, sed creditori, in quem dominus rem translatam voluit, *§. per traditionem, Inst. de rer. divis.* In personam, idest, pigneratitia non erit; quia hæc de superfluo, non de re inde empta competit. Imo contra, obiiciet aliquis: traditur enim in *L. rescriptum, §. 1. D. eod.* quidquid ex occasione pignoris ad creditorem pervenit, id debitoris utilitati & commodo cedere debere. Dicendum est in proposito, solam pecuniam, quæ ex venditione pignoris a creditore percepta est, ex occasione pignoris ad creditorem pervenisse. Res ex ea pecunia empta non percipitur ex occasione pignoris, sed ex creditoris negotiatione, arg. in *L. venditor ex hereditate*, in illis verbis, *pretium enim*, D. de hered. vel act. vend. Obiicitur etiam, quod traditur in *L. quamvis, §. ult. D. de pign. act.* si creditor pignus pluris vendiderit, quam debetur, debitorem non solum agere posse de superflua pecunia, sed etiam de usuris, quas ex usu eius pecuniæ creditor perceperit. Quo exemplo videtur idem quoque de cæteris rebus statuendum, quæ ex ea pecunia paratæ sunt. Sed dissimilis istarum rerum caussa est: usuras dico pecuniæ, & res ex ea pecunia emptas. Usuræ ideo cum ea pecunia restituendæ sunt debitori; quia usuræ sunt fructus pecuniæ, *L. usuræ vicem, D. de usur.* Constat autem fructus ex re pignorata perceptos aut debitum extenuare, aut una cum re esse restituendos, *L. 1. L. 2. supr. de pig. act.* At res ex ea pecunia emptæ non sunt eius pecuniæ fructus; sed pretium industriæ & negotiationis creditoris.

AD TITULUM XXIX.

COD. DEBITOREM VENDITIONEM PIGNORIS IMPEDIRE NON POSSE.

Effectum est supra, creditorem iure suo pignus distrahere posse, *L. si cessante, supr. prox. tit.* Hoc si ita est, sequitur, quod hic dicitur, debitorem nulla obnuntiatione sua, aut prohibitione impedire posse, quo minus creditor recte vendat, & qui emit, emat bona fide; alioqui liceret debitori conditionem creditoris sui facere deteriorem; quod nulli conceditur, *L. solvendo, D. de negot. gest. L. non debet alteri, D. de reg. iur.*

AD TITULUM XXX.

COD. SI VENDITO PIGNORE AGATUR.

Ad L. Præses. 1.

Imp. Alexander A. Agrippæ.

Præses provinciæ aditus si fuerit probatum, tuum creditorem cui ius distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse: quanti tua interest, restituere tibi eundem creditorem iubebit. Quod si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit, & probatum fuerit emptorem mala fide emisse: offerente te pecuniam cum usuris quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus malæ fidei emptorem iubebit. PP. Kal. Sept. Alex. A. Coss.

Ad L. Servos. 2.

Iidem A. Æmilio.

Servos quos nullo iure a creditore venisse dicis, pater tuus vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quod si usucapti sunt, petat pater tuus precium eorum a creditore, qui non iure eos vendidit. PP. III. Kalen. Ianuar. Alexander A. Coss.

Ad L. Si uxor. 3.

Idem A. Claudio.

Si uxor tua præsidi provinciæ probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris precii per gratiam aureis viginti creditorem vendidisse, eumque solvendo non fuisse: iubebit emptores recepto precio restituere servos. PP. XVI. Kalend. Octobr. Maximo II. & Æliano Coss.

Ad L. Cum. 4.

Imp. Gordian. A. Eudemo.

Cum contra bonam fidem venditionem obligatæ possessionis a creditore factam alleges, non observatis quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, adito præside provinciæ experire actione competenti non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem eum participasse cum creditore docere potueris: ut revocatis quæ mala fide gesta constiterit, & fructuum ratio, & damni quod irrogatum apparuerit, haberi possit. PP. Kal. April. Sabino II. & Venusto Coss.

Ad L. Si creditore. 5.

Impp. Diocler. & Maximian. AA. & CC. Noniæ.

Si creditore pignus priusquam ei satisfieret, distrahente non per collusionem emptor comparaverit: successor eius de superfluo, non emptoris heres, qui rem possidet, conveniendus est. S. XVI. Kalend. Ian. Nicomediæ CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Pignore iure vendito, nullam esse eius emptionis revocationem.*
2. *Pignore contra conventionem vendito, ius suum debitori integrum manere in re sua, & actionem in personam esse adversus creditorem.*
3. *Pignore vendito non bona fide, quamvis ab eo creditore, qui ius vendendi habuit, ipsum creditorem teneri semper in id, quod debitoris interest: emptorem ad rem restituendum certis conditionibus: & quibus.*
4. *Mala fides emptoris in pignore emendo quid, & quomodo probetur.*
Per gratiam pignus vendere, quid, ibidem.
5. *Adversus emptorem, qui mala fide emit pignus, non esse vindicationem pignoris, nisi excusfus prius creditor repertus sit non solvendo.*
6. *Sed nec hunc emptorem teneri aliter vindicatione, quam si offeratur ei pretium, quanti pignus emit, cum usuris: & cur.*
7. *Adversus emptorem pignoris, qui mala fide emit, actionem esse suis conditionibus, non pignoratitiam, non ex edicto de rebus in fraudem alienatis, sed in rem, beneficio restitutionis in integrum, & ex qua caussa.*

QUæstio est, si creditor pignus vendiderit, utrum debitor possit agere adversus creditorem de pretio pignoris, an adversus emptorem rei recuperandæ caussa. De quo ita statuendum est ex sententia eorum, quæ diximus ad *L. 4.*
1 *& seq. supr. de distr. pig.* Si † creditor ius distrahendi habuit, & bona fide distraxit, idest, observatis iis, quæ in pignoribus distrahendis observari solent; ita rata est venditio, ut debitor neque adversus creditorem agere possit de pretio, quamvis rem non iusto pretio vendiderit, neque agere adversus emptorem, ut rem ab eo avocet. Sed non semper creditor, cui pignus datum est, ius vendendi habet, quod tunc accidit, cum convenit, ut creditori distrahere non liceret, *L. 4. D. de pig. act.* Fieri etiam potest, ut qui iure suo distraxit, mala fide & fraudulenter distraxerit. In quibus caussis vendito pignore debitor experiri potest, quæ summa est huius tituli. In quo de his rebus ita statuitur. Interest plurimum, utrum creditor qui pignus vendit, ius vendendi non habeat, an cum habet, mala fide vendat. Si † ius vendendi non habet, idest, si re- 2
fragante conventione vendidit, nulla est venditio. Quo fit, ut debitor non tantum adversus emptorem, sed etiam adversus quenvis possessorem actionem in rem habeat, quæ omnibus dominis competit, *L. in rem, D. de rei vind.* Nam hæc superiore venditione non est extincta. Et hoc, quandiu res a possessore usucapta non erit. Adversus creditorem autem semper actio-

actionem habet de pretio rei venditæ. Ea est autem actio pignoratitia in hoc, ut vel res pignori data restituatur, vel saltem æstimatio: hæc sententia *L.* 2. *h. t.* Quod

3 † si creditor ius vendendi pignoris habuit, sed vendidit dolo malo: hic semper vendito pignore adversus creditorem agi poterit, *L.* 2. *hic*. Diximus autem ad *L.* 4. *& seqq. supr. de distr. pig.* in hanc rem competere debitori pignoratitiam actionem: idque in id, quod sua interest. Hactenus autem interesse, si res minoris vendita sit, quam valet, hæc ex *L.* 1. *in pr. & L.* 3. *hic*. Adversus emptorem etiam hoc casu debitor agere potest: sed interdum, non semper. Non potest autem agere, nisi præter dolum creditoris hæc tria concurrant. Primum exigitur, ut & emptor ipse mala fide emerit, *L.* 1. *in*

4 *fin. hic*. Mala † fide, idest, quod dicitur in *L. ult.* per collusionem. Utrumque autem valet id, quod dicitur in *L. pen.* si emptor fraudis particeps fuerit. Duobus autem modis probabitur emptorem fraudis participem fuisse. Uno, si per gratiam creditor vendiderit, ut est in *L.* 3. *hic*. Per gratiam vendidisse intelligitur, qui aperte dixit rem pluris esse, quam venditur, sed se non pluris vendere, quam vendit, ut emptori gratificetur: petit autem, ut hanc gratiam ab emptore ineat: emptor contra sic accipit, & pollicetur se gratum fore. Altero modo id probatur, si emptor præmio creditorem corruperit, *L. qui fundum*, §. *procurator*, *D. pro empto*. Extra has species existimatur emptor bona fide emere, quantumvis rem minoris emat, quam valet: non est enim contra bonam fidem, rem quam minimo emere, dummodo sine fraude fiat, ut satis colligitur ex *d. L. qui fundum*, §. *procurator*.

5 Secundum † accedere oportet, ut creditor, qui pignus vendidit, solvendo non sit, idque videlicet ita probetur, *L.* 1. *in fin. L.* 3. *h. tit.* Id autem sic constabit, si debitor prius cum creditore egerit, & creditor erit condemnatus: deinde in executione sententiæ excussis facultatibus creditoris reperiatur non habere, unde iudicatis satisfiat. Hinc est, quod de condemnato prius creditore dicitur in *d. L.* 1. *vers. quod si*, *hoc tit.* Non obstat huic sententiæ *L. pen.* in qua scriptum est, cum creditor pignus contra bonam fidem vendidit, emptore fraudem participante, posse debitorem competenti actione experiri vel adversus creditorem, vel adversus emptorem; neque exigitur circa emptorem, ut prius constet creditorem solvendo non esse. Non exigitur hoc quidem, sed tamen & intervenire debere non negatur. Proinde in dubio relictum, ex aliis locis interpretandum est. Hæc autem conditio exprimitur in *L.* 1. *& L.* 3. *hic*. Dicemus etiam commodissime hoc modo: conditionem hanc, ut creditor solvendo non sit, satis exprimi in *L. pen. hic*, cum dicitur, adversus emptorem agi posse competenti actione. Non est actio adversus emptorem competens, nisi prius constiterit creditorem solvendo non esse, *d. L.* 1. *& L.* 2.

6 Tertium † etiam & postremum exigitur, cum debitor vendito pignore adversus emptorem agit, ut emptori pretium cum usuris offerat, quanti scilicet pignus venditum est, *d. L.* 1. *in fin. & L.* 3. *hic*. Quod merito exigitur a debitore, quamvis domino: versum est enim hoc pretium in utilitatem eius, utpote solutum creditori: quo accepto, debitor eodem tempore liberatur: compensatur enim hoc pretium cum debito, *L. ult. infr. tit. prox.* Iniquum est, debitorem ea emptione liberari, & nihilominus non oblato pretio rem suam repetere: ubi scilicet contra bonam fidem bis idem exigat: quod vetat regula iuris, *L. bona fides*, *D. de reg. iur.* Inde placuit in proposito debitori ab emptore rem suam repetenti obstare exceptionem doli mali, nisi pretium, quo liberatus est, emptori offerat, *L. emptor*, *D. de rei vind.* Quod si proponeremus ex ea venditione, qua res aliena vendita est, pretium in utilitatem domini conversum non esse: certi iuris est, dominum a quovis possessore, etiam bonæ fidei, rem suam repetere posse, quamvis non oblato pretio, quanti possessor emit, ne alienum factum domino noceat, *L.* 3. *sup. de rei vind. L.* 2. *sup. de fur. L.* 1. *sup. de præscript.* 30. *an.*

7 Sed † his omnibus rescriptis, quibus vendito pignore debitori actio adversus emptorem datur supra scriptis conditionibus, non exprimitur, quæ debitori in eam rem actio competat: cum tamen permagni referat id nosse. De eo sic habendum est. Non potest in eam rem debitori esse actio pignoratia: hæc enim inter debitorem & creditorem solum nascitur ex contractu & negotio gesto, §. *ult. Instit. quib. mod. re cont. obl.*

Debitor cum emptore pignoris nihil contraxit, ubi debitor pignus non vendidit. Vulgo putant esse actionem utilem ex edicto fraudatorio, id est, ex edicto, quod est de iis rebus, quæ in fraudem creditoris alienatæ sunt, sed id non probant.

Digitized by Google

bant. Quinimo verba eius edicti aperte refragantur; sed & ratio edicti. Edictum illud est de iis rebus, quas debitores ipsi alienant: hic agimus de iis, quas creditores alienant in fraudem debitorum. Rebus a debitore alienatis, necesse fuit actionem creditori proponere ad eas res revocandas, quoniam debitor dominus fuit: unde & iure suo alienavit. Creditores domini non sunt, ut possint actione in rem de illis rebus experiri. At cum creditor dolo malo pignus vendit, & emptor item emit dolo malo, non fuit necesse novam actionem debitori proponere: cum venditio iure non valuerit omni ex parte, eoque & debitor dominus manserit, ut prius. Superest igitur, ut debitori adversus emptorem ex hac caussa sit actio in rem, ea, quæ dominis competit rem suam a possessore vindicantibus. Sed etiam atque etiam notandum est, hanc actionem utilem esse, & quæ in integrum restitutione impetrata restituatur debitori, quod probatur *L. 1. supr. de præd. min.* Nam etiam tunc, cum res minoris viginti quinque annis a creditore vendita est dolo malo emptore fraudem participante: illic scriptum est, non aliter consuli minori adversus emptorem, quam beneficio restitutionis in integrum secundum edicti formam, ubi edictum intelligitur de minoribus. Si minoribus in hanc caussam non aliud remedium competit, quam in integrum restitutio: multo minus aliud competet maioribus. Restituentur igitur in hac caussa debitores, qui maiores sunt. Restituentur autem ex edicto, quod est de iis caussis, ex quibus maiores in integrum restituuntur, ex illa clausula edicti: *Item si qua alia mihi iusta caussa videbitur, in integrum restituam.* *L. 1.* in fin. *L. sed etsi §. ult. D. ex quib. cau. maior.* Ex eo intelligimus, debitorem vendito pignore a creditore qui ius vendendi habuit, debere adversus emptorem petere in integrum restitutionem intra quatuor annos: his exactis, amplius adversus emptorem, quanvis sit malæ fidei, agere non posse. Est enim hoc tempus integrum restitutioni præstitutum, *L. ult. supr. de temp. in integ. restit.* Hæc omnia ita sunt, si creditor in pignore vendendo nibil convenit de re vendita restituenda. Quod si convenerit, ut vel sibi res restitueretur oblato pretio, vel restitueretur debitori: in utroque conventio servanda est, ut creditori quidem vel actio ex vendito competat, vel actio præscriptis verbis; debitori autem competat rei vindicatio, ut veteri domino; aut certe actio in factum, id est, actio in rem utilis, quæ magis superiori conventione confirmatur, quam summo iure ex dominio eius nascatur. Hæc sententia est *L. si cum venderet, D. de pig. act.* Cuius rationem si quis requirit, quando ea sententia a regulis iuris, quæ sunt de iis, qui paciscuntur aliis, & de dominiis transferendis, videri potest alienior, licebit sumere ex methodo de pignoribus, Cap. *quibus modis pig. vel hyp. solvitur*, ubi hunc locum diligentius sum exsecutus.

AD TITU-

AD TITULUM XXXI.

COD. DE LUITIONE PIGNORIS.

Ad L. ult.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Flor.

Si reddita debita quantitate, vel rebus in ſolutum datis ſive diſtractis, & compenſato pretio, ſatis ei contra quem ſupplicas, factum eſſe adito præſide provinciæ probaveris: vel ſi quod reſiduum debetur, obtuleris, ac ſi non acceperit, depoſueris conſignatum: reſtitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum etiam edicto perpetuo actione propoſita pecunia ſoluta creditori, vel ſi per eum factum ſit quominus ſolveretur: ad reddenda ea, quæ pignori acceperat, iure eum ſatis evidenter urgeri, manifeſtum. S. VI. Id. Octob. AA. Coſſ.

SUMMARIA.

1. *Luere pignus idem ac liberare; & unde ita dictum.*
2. *Lui pignus ſolutione, & ſi quæ ſolutionis vicem habent.*
3. *Lui ſatisfactione: quid ſit ſatisfacere, & quid inter ſolutionem & ſatisfactionem interſit ad liberationem pignoris.*
4. *Pignoratitiam actionem naſci pignore liberato non aliter, niſi pecunia offeratur in iudicio.*
5. *Parte debiti ſoluta nulla ex parte pignus liberari neque debitori, neque debitoris heredibus, qui non ſolverunt: & huius partis tum dubitatio, tum ratio.*

1 LUitio pignoris pars eſt eius ſolutionis, qua pignus liberatur. Luere † pignus eſt, pignus ſolutione vel ſatisfactione liberare: quaſi dicas abſtergere & delere pignus, ſeu nexum & obligationem pignoris: metaphora ducta a lotione, qua maculæ, quæ alicui rei inhærent, abluuntur & abſterguntur. Eſt enim luere lavare, verbum a Græcis ductum, illis enim λύω eſt lavo: ac luere idem eſſe Latinis, quod lavare, compoſita declarant, abluo, eluo, diluo, & ſimilia. Quomodo luatur pignus, comprehenſum eſt in *L. ult. hoc tit.* Eſt autem hæc ſententia.

2 Luitur † pignus, ſeu liberatur a debitore, ſi omnis pecunia, quæ debetur, ſoluta erit, aut eo nomine ſatisfactum creditori, *L. ſi rem, §. omnis, D. de pig. act. L. Item, D. quib. mod. pig. vel hyp. ſol.* Solvitur pecunia, quæ numeratur & repræſentatur creditori, *L. ſolutam, D. de ſolut.* Solutionis vim habet compenſatio, ideſt, cum creditor aliquid viciſſim debet debitori, & debitor id vult apud creditorem eſſe pro ſolutione, *L. 4. ſup. de compen.* In hoc numero eſt pretium, quod creditor ex diſtractione pignoris conſecutus eſt, de quo in *d. L. ult. hic.* Eſt & pecuniæ obſignatio & depoſitio, de qua ibidem adiicitur. Nam pecuniam ſolum offerre creditori ſine obſignatione & depoſitione, ad ſolutionem debiti & liberationem debitoris omnino nihil prodeſt, ut iam ſæpe a nobis dictum eſt: traditur in *L. ult. ſup. deb. vend. pig. imp. non poſſ. L. ſi prius, ſup. de diſtr. pig. L. obſignatione, inf. de ſolut. L. acceptam, ſup. de uſur.*

Satisfacere † eſt, creditorem pro eo 3
quod ei debetur, contentum reddere, *L. 1. D. qui ſatiſd. cog.* Id fit, cum creditor debitore pro eo quod debetur, aliud ſolvente vel præſtante, ſe ea re pro debito contentum eſſe oſtendit, huc pertinet dicta *L. ſi rem, §. omnis, D. de pign. act.* dicta *L. item, D. quib. mod. pig. vel hyp. ſol.* Solutio debitorem etiam invito creditore liberat. Satisfactio non niſi volente creditore, cum ſcilicet ille ſatisfactionem admiſit, *d. L. item.* Nec obſtat, quod dicitur ſatisfactionem pro ſolutione eſſe, *L. ſatisfactio, D. de ſolut.* Sic enim pro ſolutione eſt, ſi modo prius ſit ſatisfactio. Non eſt autem ſatisfactio, niſi quæ a volente creditore admiſſa eſt: cum definiamus ſatisfacere eſſe, creditorem

rem

rem contentum reddere: non enim contentus redditur quisquam invitus, sed volens.

4 Pignore ita liberato, tum † demum ex edicto nascitur debitori pignoratitia actio ad pignus repetendum, ut adiectum est in *d. L. ult. hic*: idem in *d. L. si rem, §. omnis, D. de pign. act.* Sed hic notandum est, quod dicitur oblatione sola pecuniæ pignus non liberari, eoque nec competere pignoratitiam actionem, sic esse accipiendum: nisi in iudicio pecunia offeratur: sic enim pecunia oblata, pignoratitia actio tenebit creditorem, quasi conditione impleta, sub qua actio proposita est, de quo diximus ad *L. si residuum, sup. de dist. pig.*

5 Illud † manebit, quæcunque hic solutio, aut oblatio ad liberationem pignoris satis futura sit, semper oportere totam pecuniam offerri, quæ debetur, vel totius eius pecuniæ nomine satisfieri. Quod si parte debiti soluta adhuc aliquid ex debito superest, in id quod reliquum est, quanvis minimum, totum pignus obligatum manet, ut prius: ea lege, ut creditor non tantum possit totum pignus a possessore persequi, sed etiam totum pignus vendere: pertinetque hæc sententia non tantum ad debitorem, de quo comprehensum est in *L. quanvis, sup. de distr. pig.* sed etiam ad debitoris heredes, de quibus hic scriptum est in *L. 1.* idem in *L. 1. supr. de distr. pig.* Sed est in persona heredum dubitatio maior. Nam cum debitor partem solvit, & adhuc aliquid reliquum est, non est mirum, si pro ea parte dicimus nihilominus totum pignus obligatum manere: sibi enim imputare debet, qui totum non solvit, cum totum deberet & præterea cum totum pignus pro minima summa obligatum tenetur, nulli alii fit iniuria, quoniam res tota est debitoris. At horum utrumque cessat in persona heredum. Nam si proponas debitorem centum debuisse, & obligasse in eam summam fundum Tusculanum, deinde decessisse duobus heredibus relictis pro æquis portionibus: dividitur obligatio inter heredes pro portionibus hereditariis ita, ut singuli quinquaginta solum debeant, quibus solutis pro ea parte si totum liberantur. *L. ea quæ, supr. fam. ercisc. L. pacto successorum, supr. de pact. L. 2. sup. de act. hered.* Quod cum ita sit: iniquum videtur exigere ab uno, ut solidum solvat, quo eius pars in pignore liberetur, cum ipse partem solum, non solidum debuerit. Iniquum præterea totum fundum adhuc teneri in eam partem coheredis, quæ soluta non est: quia non possit is fundus in eam partem teneri, quin pars aliena pignori obligetur, idest, pars, quæ est eius coheredis, qui iam solvit: constat autem res hereditarias inter heredes dividi, & solidas ab uno ex heredibus pignori obligari non posse, *L. unica, sup. si com. res pig. dat. sit*. Hinc dubitandi caussa in heredibus: valde enim consentaneum videtur, ut iis rationibus cessantibus, quæ sunt in debitore, non idem ius in heredibus eius statuamus, quod in debitore, argum. in *L. quod dictum, D. de pact.* Sed nihil hic proponitur, cur non idem ius in heredibus retinendum sit in proposito, quod in debitore fuit: cum & in his eadem caussa & ratio sit totius pignoris retinendi pro ea parte, quæ soluta non est. Nam cum debitor adhuc partem ex sorte debet, non idcirco totum pignus obligatum manet, quia debitor prius totum debuerit, aut quia res pignori obligata in solidum sit debitoris: sed quia ab initio in solidam summam, quæ debebatur, pignus obligavit ea lege, ut non liberaretur, nisi pecunia soluta esset. Hæc conditio pignoris etiam manet in heredibus, quamdiu non omnes solidum quod debetur, solverint. Quare & in his ius idem retinendum est: non enim ex persona heredum immutatur conditio obligationis, *L. 2. §. ex his, D. de verbor. oblig. L. 2. D. de præt. stip. L. cui fundus, D. de cond. & demon.* Nihil ad rem pertinet, si quis dicat fieri non posse, quin personali obligatione summota in persona unius heredis qui partem suam solvit, iniquum sit, & contra naturam, ut res pro ea parte amplius pignori obligetur, *L. in omnibus speciebus, D. de solut.* nam & hic idem respondebimus, quod in *L. quanvis, sup. de distr. pig.* Fatebimur nimirum hoc ita esse: sed nihilominus verum est, adhuc totum pignus obligatum manere: est enim obligatum pro ea parte, quæ soluta non est, non pro ea, quæ soluta est. Sed illuc redeo, quod initio posuimus: si tota pecunia soluta erit, aut eo nomine satisfactum creditori: & generaliter, si quo modo actio principalis summota est, pignus in totum exstingui. Cui sententiæ cum videatur ex diametro adversari *L. 2. hic*, in eam pluribus inquirendum videtur.

Ad L.

Ad L. Intelligere debes. 2.

Imp. Gordianus A. Domino.

Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. PP. XII. Kal. Iun. Sabino, & Venusto Coss.

S U M M A R I A.

1. *Falsum*, Personali actione summota vincula pignoris durare, *ut est lectio vulgata: sed legendum* non durare, *multis argumentis evidenter demonstratur.*
2. *Hæc verba*, intelligere debes, perspicis, intelligis, *& similia usurpari solita de iis rebus, de quibus non debuit dubitari.*
3. *Personali actione seu ipso iure, seu per exceptionem perpetuam quamlibet sublata pignus exstingui, sine exceptione verum esse.*
4. *Etiam per præscriptionem triginta annorum actione personali summota, pignus solvi.*
5. *Uno ex heredibus debitoris solvente, eatenus tolli personalem actionem, sed & pignus: & nihilominus verum esse in totum pignus manere, quia manet pro ea parte, quæ soluta non est.*

VErba sunt hæc, *intelligere debes vincula pignoris durare, personali actio-*
1 *ne submota*. Non † dubito, quin hic locus corruptus sit, & contra ita legendum: *vincula pignoris non durare personali actione submota*. Moveor his rebus. Primum sententia affirmative hoc loco scripta aperte falsa est, sive in universum actione personali submota pignus extinguatur, sive extinguatur ut plurimum, interdum autem duret. Nam ad refellendam generalem aliquam orationem satis est ostendere, eam in una aliqua parte falsam esse, ut falsa in totum probetur: quod a Dialecticis sumptum Iulianus usurpavit in *L. si is, qui, §. utrum.* illic, *quia cum significatio, D.* de reb. dub. Multo magis si fere in omnibus partibus falsa sit, in una autem aliqua vera, qualem esse hanc sententiam necesse est omnium interpretum confessione: etiamsi concesserimus interdum pignus durare personali actione submota. Nam hoc convenit inter omnes, si actio personalis ipso iure submota sit, pignus non durare, ut mox dicemus pluribus. Sed etsi submota sit per exceptionem, certum est regulariter pignus exstingui. Quod si hoc casu duret pignus, concedunt tamen id fieri, ubi actio personalis submovetur præscriptione triginta annorum, aut cum unus ex pluribus partem suam solvit: qui sunt duo casus ex innumerabilibus, in quibus solis omnium confessione personali actione sublata pignus non extinguitur. Ex quo intelligimus aperte falsam futuram hanc sententiam, si generaliter & sine exceptione definiemus, personali actione sublata pignus durare. Cum sententia per se talis est, idest falsa, si affirmative legitur: tum vero neque hoc sensisse Gordianum Imperatorem, neque affirmative scripsisse facile probari potest, & ex verbis huius loci, & ex consuetudine respondendi Imperatorum, ac iura constituentium.

Ex verbis sic colligitur: nam † hæc ver- 2
ba, *intelligere debes*, quibus Imperatores in rescriptis uti consueverunt, adhiberi solent ad eas res, quæ sunt iuris certi & manifesti, quæque sine exceptione recte in universum definiuntur. Sunt enim verba increpantium, quasi dicerent: non debuisti me hac de re consulere, cum intelligere debueris ius ita se habere, veluti cum ita respondent: intelligere debes ex pacto actionem non nasci. *L. cum proponas*, 21. *supr. de pact.* item intelligere debes donationem a marito tuo factam contraria eius voluntate revocari, *L. si maritus, supr. de don. int. vir. & uxor.* Simile est, cum respondent, perspicis, intelligis ius ita esse, *L. si actionem, supr. de pact. L. cum proponas*, 17. *supr. de transact. L. cum dotem, supr. de iur. do.* At personali actione summota si debitor consulit, utrum pignus exstinctum sit, an duret, & putet non exstinctum: non debuit increpari, neque debuit ei dici, intelligere debes pignus durare, cum regula iuris commuuis sit in contrariam sententiam.

Præterea usus respondendi Imperatorum lectionem affirmativam repudiat; nam iura non constituuntur ex iis, quæ forte uno aliquo casu accidunt. *L.* 4. *& seq. D. de legib.* At secundum sententiam eorum, qui putant adhuc pignus durare, uno aliquo casu accidit, ut pignus duret personali actione submota. Non debemus igitur

tur existimare ius hoc generaliter de eo casu esse constitutum. Huc accedit, quod cum aliquid simpliciter verum non est, sed tantum sub conditione, si illud, aut illud factum sit: nunquam Imperatores respondere generaliter solent, sed sub conditione, quam præmittunt, ut patet ex *L. ut responsum, supr. de transact. L. precibus, supr. de impub. & aliis subst.* Quare & in hac constitutione, cum omnium consensu non sit verum, actione personali submota pignus durare, nisi sub distinctione: intelligi debet de eo Imperatorem non sensisse, qui sine distinctione respondit. Quapropter cum neque hæc sententia affirmativa vera sit, quocunque modo eam cum aliis interpretabimur, neque verbis Imperatoris conveniat, neque sit ex consuetudine loquendi Imperatorum: dubitare non debemus quin ita Gordianus non scripserit, sed scripserit hoc modo, *Intelligere debes vincula pignoris non durare personali actione submota.* Et recte: nam hoc ita generaliter rectissime definitur secundum omnium sententias, & est certi iuris definitio: ut merito de eo dubitanti dici debuerit: intelligere debuisti id, quod est manifesti iuris, actione personali submota pignus non durare.

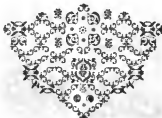
3 Sed † ne quis scrupulus nobis restet, doceo sine exceptione verum esse, personali actione submota pignus semper extingui, neque durare. Quod si verum est: de sententia, quam posuimus, dubitari nullo modo potest. Id autem primum hoc argumento recte colligitur.

Personalis actio submovetur aut iure ipso, aut per exceptionem. *L. 5. supr. de pact.*

Iure ipso, iis modis, quibus obligatio inre tollitur, de quibus modis agitur titul. *Inst. quibus mod. toll. obligat.*

Per exceptionem, cum id factum intervenit, quo iure civili non tollitur obligatio, sed tamen eo interveniente non est æquum debitorem teneri: veluti si creditor cum debitore pactus sit, ne ab eo petat; si debitor sententia iudicis absolutus sit, cum pecunia ab eo peteretur; si deferente creditore iuraverit se non debere: ex quibus factis nascuntur debitori adversus creditorem exceptiones pacti conventi, rei iudicatæ, iurisiurandi: de quibus & similibus agitur tit. *Inst. de except.* At quocunque modo ex his actio personalis submota sit, pignus tollitur. Si submota sit ipso iure: omnes concedunt pignus extingui, *L. item, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol. L. in omnib. speciebus, D. de solut.* Sed etsi submoveatur per exceptionem pacti, iurisiurandi, rei iudicatæ, etiam pignus extingui constat, *L. solvitur, in prin. & fin. L. antepen. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Quinimo si actione personali ipso iure submota pignus perimitur, recte colligitur hoc ipso etiam perimi, etsi actio personalis per exceptionem submota erit: quoniam nihil interest, utrum quis actionem ipso iure non habeat, an etiam habeat, quæ per exceptionem infirmetur, *L. nihil interest, D. de reg. iur.* Neque plures sunt modi, quibus actio personalis submoveatur. Quare quocunque modo ea submota erit, pignus non durabit. Et vero nec potest, id quod rursum ex natura pignoris certo efficitur. Nam pignus est res pro debito obligata, *§. item Serviana, Inst. de act. L. res hypothecæ, D. de pig.* Proinde ubi nullum debitum est, ibi nec pignus potest intelligi. Iam vero nullum debitum est, ne tunc quidem, cum actio personalis per exceptionem perpetuam removetur. Ergo ne tunc quidem pignus consistet. Nullum debitum esse, ubi actio personalis per exceptionem perpetuam submovetur, hæc liquido probant. Debitor is intelligitur, a quo invito pecunia exigi potest *L. debitor, D. de verb. sign.* Non potest autem ab invito exigi, cum exceptione perpetua tutus est. Quapropter hac exceptione tutus nihil debere intelligitur. Idem declarat definitio creditoris in *L. creditores, L. creditor autem, D. de verb. sign.* In quibus non alius dicitur esse creditor, idest is, cui aliquid debetur, quam qui exceptionem perpetuam non metuit. Item qui exceptionem perpetuam habet, si per errorem solvit, repetit *L. qui exceptionem, D. de cond. indeb.* Item qui exceptionem perpetuam habet, si id constituit, de quo exceptionem habet, non tenetur ea constituto: nempe quia non debitum constituit, *L. 3. §. 1. D. de const. pec.* Relinquitur igitur illud, ut actione personali submota, quanvis per exceptionem pignus durare non possit, quia non possit dici res esse pro debito obligata, ubi nullum debitum esse constitit. Hinc dictum est, pignus esse accessionem principalis obligationis, *L. in omnibus, D. de solut.* Porro certi iuris est, cum principalis caussa non consistit, nec accessionibus locum esse, *L. cum principalis, D. de reg. iur.* quam definitionem etiam ad pignus pertinere scimus ex *d. L. in omnibus.* Non infirmant hanc sententiam ea, quæ ab interpretibus adferri solent, ut probent, in his saltem actione personali submota pignus durare. Vulgo † 4
receptum est id accidere, cum actio perfona-

fonalis fubmota eft præfcriptione triginta annorum. Nam in hac fpecie conftitutum eft, nihilominus hypothecariam actionem durare poft triginta annos ufque ad annos quadraginta, fi cum debitore, aut heredibus eius agitur. Non poteft autem poft triginta annos agi hypothecaria de pignore, nifi poft triginta annos pignus duret. Durat igitur & poft triginta annos pignus: proinde & poft exceptionem debitori quæfitam. Sed exemplum ad rem nihil pertinet. Intelligere enim debemus poft triginta annos fic durare hypothecariam & pignus, ut fimul etiam duret actio perfonalis: quod fit, ubi prius ea actum eft, aut interpofita faltem per exfecutorem conventio, aut debitor fecunda cautione debitum agnovit: quibus modis interrumpitur præfcriptio temporis, & fit actio perfonalis exinde perpetua ad annos atque quadraginta, *L. ficut*, illic, *nec fufficiat*, *L. cum notiffimi*, *§. fed etfi quis*, *L. ult. fupr. de præf.* 30. *vel* 40. *ann.* Idque ex eo intelligimus, quod quoties aliquid concedi non poteft, nifi prius aliud concedatur, pofteriore concello etiam prius conftitui & concedi placet, *L.* 2. *D. de iurifdict.* Non poteft autem hypothecaria actio durare poft triginta annos, nifi etiam actio perfonalis poft illud tempus maneat: ut fit videlicet debitum pro quo de pignore agitur. Quare etiam hoc cafu ut hypothecaria agi poffit, hoc conftitui intelligendum eft, ut ne perfonalis actio fubmota fit, fed ante facta fit perpetua. Alii malunt hanc fententiam aptari ad duos heredes debitoris, qui fub pignore debuit. Nam fi unus ex his heredibus partem folverit, in totum pro ea parte fubmovetur actio perfonalis. Atqui nihilominus pignus durat, *L.* 1. *fupr. hoc tit.* Sed hoc exemplum multo minus convenit. Nam pro parte quidem eius, qui non folvit, pignus manet: fed pro ea etiam parte actio fubmota non eft. Pro ea autem parte, quæ foluta eft, verum eft, actionem perfonalem fubmotam effe. Sed nihilominus & hoc verum eft, pignus pro ea parte exftinctum effe, ut fupra docuimus. Ex quo apparet, in hoc exemplo quatenus actio perfonalis fubmota eft, eatenus etiam pignus non teneri: quatenus autem pignus durat, eatenus durare, quatenus pars foluta non eft. Quo exemplo magis fententia a nobis pofita confirmatur.



Digitized by Google

AD TITULUM XXXII.

COD. SI UNUS EX PLURIBUS HEREDIBUS CREDITORIS, VEL DEBITORIS PARTEM SUAM DEBITI SOLVERIT, VEL ACCEPERIT.

Ad L. Manifesti. 1.

Impp. Valerianus & Gallienus AA. Tauro.

Manifesti & indubitati iuris est, defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege 12. tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri. Dat. XII. Kal. Maii, ipsis AA. II. & IV. Coss.

Ad L. Actio. 2.

Impp. Diocletianus & Maximianus AA. & CC. Claudiæ.

Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita, scinditur: pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diversi possident: cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant. Subscrip. V. Non. Antiochiæ.

SUMMARIA.

1. *Singulis heredibus creditoris partem solum deberi: pignus autem pro ea parte in solidum teneri, & vendi posse.*
2. *Singulos heredes debitoris partem debere: hypothecaria autem non teneri, si non possideant: si possideant, teneri in solidum.*

QUod dictum est in *L.* 1. *superiore tit.* unum ex pluribus heredibus debitoris pro parte hereditaria solvendo nulla ex parte liberare pignus, quæstionem attulit, quæ hoc titulo explicatur, Quatenus in universum heredes tum creditoris, tum debitoris in pignus succedant, seu quatenus singuli agant, aut conveniantur. Exemplum personalis actionis facere videbatur, ut hypothecaria actio inter plures heredes scindatur pro portionibus hereditariis. Nam hoc modo inter plures heredes dividitur actio personalis de eo quod debetur; idque tam inter heredes creditoris, de quibus ius statuitur in *L.* 1. *hic*, & *L. heredes*, §. *an ea*, *D. fam. ercis.* quam inter plures heredes debitoris, de quibus in *L. ult. hic*, *L. pacto successorum*, *supr. de pact.* *L.* 2. *sup. de hered. act.* *L.* 1. *inf. de except.* Sed placuit aliam conditionem esse hypothecariæ actionis de qua his rescriptis
duobus statuitur. Ac † de heredibus cre- 1
ditoris hæc sententia est *L.* 1. personalem actionem inter heredes creditoris ita dividi pro portionibus hereditariis, ut & singulis pars tantum hereditaria debeatur, & singuli pro ea tantum parte agant; at pignus singulis in solidum teneri pro ea parte, quæ singulis debetur: ut intelligamus & singulos actione hypothecaria in solidum agere posse, & singulos distrahendi pignoris ius habere. Cur hæc tam dissimiliter, cum constet, quæcunque res here-

hereditariæ sunt a defuncto relictæ, non ultra heredes in eas succedere, quam quatenus heredes sunt? Id conditio earum obligationum facit, ex quibus nascuntur hæ actiones. Quod enim dicitur, actionem inter heredes dividi pro portionibus hereditariis ex lege duodecim tabularum, sic accipiendum est, si & possit dividi. Quod si non potest: ut creditori, sic & singulis heredibus creditoris solida petitio est, *d. L. hered. §. an ea fam. erc.* Quapropter inter eos personalis actio dividitur, quia ea actio est de pecunia debita, de fundo, & similibus rebus, quæ natura sua partis præstationem recipiunt, *L. 2. §. 1. L. stipulationes non dividuntur*, vers. *Celsus*, *D. de verb. oblig.* Hypothecaria actio inter heredes non dividitur, quia non potest: obstante non natura rei pignoratæ, quæ non minus dividi potest, sed lege & conditione obligationis: nam pignus sic obligatur, ut tandiu teneatur, donec omnis pecunia soluta erit, *L. si rem*, *§. omnis*, *D. de pig. actio.* Unde etsi debitor maximam debiti partem solverit, tamen in id, quod adhuc residuum est, solidum pignus tenetur creditori, *L. quandiu*, *sup. de distr. pign.* Proinde & singulis heredibus solidum tenebitur, quantumcunque id erit, quod ex obligatione principali his debebitur. Non enim ex persona heredum immutatur conditio obligationis, *L. 2. §. ex his*, *D.*
2 *de verb. oblig.* De heredibus † debitoris hæc sententia est, *L. ult. hic*, dividi inter eos personalem obligationem, ut singuli actione personali hereditaria pro portionibus hereditariis tantum teneantur: sic tamen, ut semper teneantur. Diversam esse caussam hypothecariæ actionis: hac actione neque eos semper teneri, neque in solidum, sed quatenus possideant res pignori obligatas: nam & defunctus, cui successerunt, isto modo teneretur. Hanc dissimilitudinem iuris facit natura & conditio actionis hypothecariæ. Hæc in rem est, *L. pignoris*, *sup. de pign.* & ut explicatur in *L. ult.* rem pignoratam sequitur & propter rem eius rei possessorem, idest, adversus eos solum competit, qui possideant, aut dolo malo desierunt possidere. *L. si fundus*, *§ in vindicatione*, *D. de pign.* quæ conditio est omnium actionum in rem, *L. actionum*, *D. de obl. & act.* Hinc fit, ut si heres debitoris nullam rem pignori obligatam possidet, neque dolo malo desiit possidere, nullo modo teneatur hac actione. Contra autem, si quid possidebit, eatenus in solidum teneatur, non pro parte hereditaria, quia solidum pignus possidet, non partem. Quid ergo si unus ex heredibus, qui pignus totum possidet, offerat partem hereditariam eius, quod debet? Nullo modo pignus liberat, *L. 1. sup. tit. prox. L. unus*, *sup. de distr. pig.* Quo fit, ut solidum pignus restituere debeat, nisi solidum, quod debetur, paratus sit solvere, ut in *L. ult.* dicitur. Neque quisquam dicat iniquum esse, cogi unum ex heredibus solidum solvere, cum partem tantum debuerit. Non cogitur id facere, si velit, est enim in eius potestate pignus restituere, sed si pignus retinere vult, alterum facere cogitur, *d. L. si fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pign.* Quid, si heres velit creditori tantum solvere, quanti pignus valet? traditur in *d. L. ult.* ne sic quidem audiendum eum esse: hoc enim est, quod dicitur, teneri eum non pro modo singularum rerum substantiæ: quo significatur non teneri, quanti singulæ res substantia sua valent. Exempli gratia, centum debentur creditori, fundus in eam summam obligatus est. Defuncto debitore, unus ex heredibus possidet eum fundum, qui valet tantum sexaginta, dicimus nihil agere heredem, si ad retinendum hunc fundum illa sexaginta offerat. Nempe huc res redit, aut solidum quod debetur, solvere debet, aut fundo cedere, *L. si inter*, *§. ult. D. de pign.*

AD TITU-

AD TITULUM XXXIII.

COD. SI PIGNORIS CONVENTIONEM NUMERATIO PECUNIÆ SECUTA NON FUERIT.

Ad L. Si pecuniam. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Illaro.

Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris, & pignus datum probaturus es, in rem experiri potes. Nam intentio dati pignoris, neque redditæ pecuniæ, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere cœperit. PP. Kal. Sept. Laterano & Rufino Coss.

Ad L. Si 2.

Imp. Alexander A. Peregrino.

Si (ut nunc adseveras) nihil, creditor numeravit uxori tuæ quæ pignus dedit, sed inanem extorsit cautionem: mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari eius res non potest. Sine die & consule.

S U M M A R I A.

1. *Occasio tituli, & sententia.*
2. *Chirographum appellatur cautio, & quare.*
3. *Debitori eidemque domino ad repetitionem pignoris duplicem actionem esse, in rem, & pigneratitiam, neque priore posteriorem impediri.*
4. *Condicere rem suam neminem posse, præterquam a fure, quomodo accipiendum.*
5. *In actione in rem quarum rerum intentio & probatio ab actore exigatur, & quomodo hæ præbentur a debitore pignus a se datam repetente hac actione.*
6. Intentio dati pignoris & pecuniæ non redditæ non aliter tenet, quam si de fide debiti constiterit, *hoc quid sit in* L. 1.

1 NON † male subiicitur hiç titulus proximis superioribus. Diximus sub titulo *de luitione pignoris*, pignus liberari, si debitor id luat: nempe id, quod debitum est, solvendo. Huius tituli hæc sententia est, non esse tunc necesse pecuniam solvere & pignus luere, cum reus pecuniam non accepit: ideo si spe futuræ numerationis debitor cautionem emiserit, qua fateatur sibi decem mutua numerata esse, & pignus in eam summam dederit, si postea pecuniam non accepit, non impediri eum mendaci scriptura, quominus rem a se pignori datam sine alia solutio-
2 ne pecuniæ repetat. Cautio † hic appellatur chirographum, ut alibi sæpe: quia chirographo adversus periculum inopiæ probationis creditori cavetur. *L. qui tabulas, D. de fur. L. emptor. §. ultim. D. de pact. L. 3. L. adversus*, & pene toto Tit. *sup. de non num pec.* Significatur hæc sententia in *L. ult. hic*. Qua posita, hæc quæsita sunt. Primum, qua actione possit debitor pignus a se datum repetere.

Hic † scriptum est in *L.* 1. posse eum 3
in rem experiri, idest, aut rem iure civili vindicare tanquam suam, aut vindicare prætorio Iure Publiciana actione tanquam rem a se bona fide possessam, *L. in rem, D. de re vind. §. namque, Inst. de act.* Non est contrarium, quod legimus in *L. solutum, §. 1. D. de pign. act.* in hanc rem competere debitori pignoratitiam actionem. Nam utraque actio debitori in eam rem competit, licetque ei, utra velit,

lit, experiri: neque impeditur regula iu-
4 ris, † qua traditur neminem condicere rem suam posse, præterquam a fure, idest, neminem de re sua in personam agere posse, præterquam cum fure, §. *sic itaque*, *Inst. de act.* Hoc enim sic accipiendum est, si quis rem suam tanquam suam condicat: alioqui tanquam a se pignoratam, tanquam depositam, tanquam commodatam nemo prohibetur condicere: quia qui his modis condicit, non condicit tanquam suam, condiceret enim eo modo, etsi res aliena ab eo pignorata, commodata, deposita esset. Deinde quæsitum est, quid debitor in rem agendo intendere, & probare debeat. Hinc in *L.* 1. duo exiguntur dumtaxat: ut debitor dicat sibi pecuniam numeratam non esse, quam sibi numeratam scripsit, & præterea se pignus dedisse, sed de hoc posteriore solum probatio exigitur, & recte. Prius ideo non probat, quia negat, & factum negantis per rerum naturam nulla probatio est. *L. asseveratio*, *sup. de non num. pecun.* *L. actor*, *sup. de probat.* Posterius probat, quia dicit & intendit; & quod quisque dicit, probare debet, *L.* 2. *L. in exceptionibus*, *D. de probat.*
5 Sed videamus, † ne huic responso adversetur natura actionis in rem. Nam hæc actio hic non competit, nisi domino, aut bonæ fidei possessori: quo fit, ut qui hac actione agit, alterutrum intendere debeat, aut se dominum esse, aut se bona fide emisse, vel ex alia iusta caussa accepisse. Eadem actio non datur, nisi adversus eum, qui possidet aut dolo desiit possidere, ut hoc quoque non tantum intendere oporteat, sed etiam probare, ut is, cum quo agitur hac actione teneatur, *L. qui petitori*, *D. de rei vind.* Quæ si ita sunt: verum non videtur, nihil amplius exigendum a debitore, qui de pignore in rem agit, quam ut probet pignus a se datum: quod tamen hoc rescripto significatur. Sed & priora vera, & verum nihilominus hoc etiam posterius. Debet in proposito intendere debitor superiora omnia, quæ natura vindicationis exigit: nempe & rem esse in bonis, & eum, cum quo agit, possidere, aut dolo malo possidere desiisse; & quia intendit, etiam probare illum oportet. Sed ad ea probanda hoc unum sufficit, si probet pignus a se datum: ut merito unius huius rei exigatur hoc rescripto probatio, quæ superiora omnia continet. Nam quod attinet ad ius petitoris, quo rem suam, aut in bonis suis esse dicit, satis probatur adversarii confessione, qui rem sibi pignoris titulo defendit. Qui enim pignus sibi datum intendit, ut ipsa hoc dicit, rem fuisse in bonis debitoris; quia alioqui pignus non esset, *L. quæ prædium*, *supr. alien. res*, *L.* & *quæ nondum*, §. *quod dicitur*, *D. de pig.* Quod attinet ad possessionem, hæc satis probatur hoc ipso, quod probatur pignus sine caussa illi datum esse. Nam si adhuc possidet, expressum est: si non possidet, desiit possidere dolo. Cum enim sciret rem sine caussa a se teneri; statim restituere debuit, quod si non fecit, dolo fecit. Alterum autem satis est, ut quis rei vindicatione teneatur, si vel possidet, vel dolo desiit possidere: dolus pro possessore est, *L. parem*, *L. qui dolo*, *D. de regul. iur.* Recte igitur statuunt Imperatores in proposito sic debitorem actione in rem experiri posse, ut nihil amplius probare debeat, quam pignus a se datum, ubi intendat pecuniam sibi numeratam non esse. Sed quæritur, an non agenti obstet exceptio & defensio creditoris, qua sibi pignus datum esse intendit, & pecuniam, quæ ipsi in chirographum deducta est, sibi redditam non esse. Videtur vero iusta hæc esse defensio ad removendum petitorem. Nam si creditor pignus non possideret, ultro haberet actionem ad id persequendum, *L. pignoris*, *sup. de pig.* *L. item Serviana*, *Instit. de act.* Ergo si possidebit pignus, multo magis exceptionem habebit ad id retinendum, iuxta regulam iuris, *L. invitus*, §. 1. *D. de reg.* Hoc † occupant Imperatores in dicta *L.* 1. & 6
addunt ad depulsionem huius obiectionis, *hanc intentionem dati pignoris & pecuniæ non redditæ non tenere, nisi prius de fide debiti constiterit.* Intentionem vocant, ut recte Accursius interpretatur, exceptionem, qua creditor utitur ad pignus retinendum. Nam ut reus in exceptione actor est, sic eius exceptio intentio est. *L. in exceptionibus*, *D. de prob.* Dicunt intentionem non tenere: ut sit sententia, non tenere debitorem agentem. Dicitur autem actio & intentio tenere adversarium, quæ adversarium constringit, & cogit ei intentioni stare. *L. quæsitum*, *in pr. D. de pecul.* Quod dicunt hanc intentionem non tenere, nisi prius de fide debiti constiterit, occupatio est illa, quam dixi, quæ hanc sententiam habet, quasi ita scriptum esset? Potest quidem creditor illa intentione, seu defensione uti, quam diximus, quæ hanc significationem habet: qui pignus vindicare potuit, multo magis potest possessum retinere. Sed hoc ita est, si vere sit pignus. Non autem in proposito pignus constitit: nam sine principali

cipali

cipali obligatione pignus nullum esse potest, *L. res hypothecæ*, *D. de pign.* Hic antem nulla est obligatio principalis, ubi pecunia, quam debitor scripsit numeratam esse, non est numerata. Certe non constat numeratam, nisi prius de fide numerationis constiterit probatione creditoris. Quare priusquam ille hoc probaverit, exceptio pignoris agenti non obstabit, ubi pignus nullum est. Hoc loco occurritur Imperatoribus: Esto enim, probatio debiti exigatur a creditore; at hoc modo res illi expedita est, nam debitum satis probat chirographo debitoris, quo is profitetur sibi decem mutua esse numerata. Ita enim est, ut qui quid scripsit, confessioni suæ stare debeat. *L. cum de indebito*, *in fin. D. de prob. L. generaliter*, *supr. de non numer. pec.* Sed hoc ius in pecunia mutua locum non habet: in qua confessio pecuniæ numeratæ fidem non facit, ut proinde cogatur creditor hoc amplius probare, pecuniam a se numeratam, *L.* 3. *sup. de non num. pec.* quam ad rem prodita est reo in hac specie exceptio non numeratæ pecuniæ, *L. adversus*, *sup. de non num. pec.* Hæc vero est illa probatio debiti, quæ hoc loco a creditore exigitur. Si tunc, cum creditor pignus possidet, quod a debitore repetitur, agenti debitori cautio eius, seu chirographum mendax non nocet, sed nihilominus creditor pecuniam a se numeratam probare debet: multo magis id probare debebit, si pignus a debitore possessum vindicabit. Est enim maius onus petitoris, quam rei, *L. favorabiliores*. *D. de regul. iur.* Ita si creditori reo hoc onus imponitur: multo magis imponetur pignus persequenti: quæ sententia est. *L. ult. hic.*

AD TITULUM XXXIV.

COD. DE IURE DOMINII IMPETRANDO.

Ad L. Dominii. 1.

Imp. Alexand. A. Nicolæ.

Dominii iure pignora possidere desiderans, nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere, & an solemnia peregisti, significare debuisti: dummodo scias omnia bona debitoris, quæ pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur impetrare te non posse. PP. XIV. Kal. Decemb. Alexandro. A. III. & Dione Coss.

Ad L. Si creditor. 2.

Imp. Gordianus A. Iustæ.

Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere petiit, & post formam rescripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur. PP. Prid. Non. Decembr. Pio & Pontiano Coss.

Ad L. Vetustissimam. 3.

Imp. Iustinianus A. Demostheni *Præfecto prætorio*.

Vetustissimam observationem, quæ nullatenus in ipsis rerum claruit documentis penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus quæ iure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica, & annus luitionis antiquitus introducti sunt: pignus autem publice proscriptum neque vidimus, neque (nisi tantummodo ex librorum recitatione) audivimus. Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigne-

pigneraverit, si quidem in pactione cautum est quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem & debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur fœneratori ex denunciatione vel ex sententia iudiciali post biennium ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere. Si vero nemo est qui comparare eam maluerit, & necessarium fiat creditori saltem sibi eam iure dominii possidere: in huiusmodi casibus hanc caussam esse observandam censemus, ut sive præsens sit debitor, denunciatio ei scilicet post biennium mittatur: sive absuerit, provinciale tribunal creditor petat, & iudicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo: ut fiat debitori manifestum per apparitionem iudicis, quod a creditore petitum est: & certum tempus statuatur: intra quod si fuerit inventus debitor, debet is qui pecunias creditas accepit, debitum offerre, & pignus recuperare. Sin autem nullatenus fuerit inventus, iudex certum tempus definiat, intra quod ei licentia dabitur sese manifestare, & offerre pecuniam, & pignus a pignoratione liberare. Sin autem tempore statuto vel minime fuerit inventus, vel creditam pecuniam totam offerre noluerit: tunc creditor adeat culmen principale, & precibus porrectis, iure dominii a nostra serenitate habere eandem rem expetat, habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio. Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum regressum, ex die sacri oraculi numerandum: & liceat ei creditori qui iam dominus factus est, offerre debitum cum usuris & damnis vitio eius creditori illatis: quorum quantitatem creditor debet suo iuramento manifestare, & suum pignus recuperare. Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam irrevocabilem factam. Sed si quidem minus in pignore, plus in debito inveniatur: in hoc quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas æqua inveniatur: sine omni dubitatione totam rem antea pignoratam retineat. Sin autem minus quidem in debito, amplius autem in pignore fiat: tunc in hoc quod debitum excedit, omnia debitori iura integra lege nostra servabuntur: creditoribus quidem fœneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum. Et ne ex communione fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino æstimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in eum exponenda offerre. Sin vero creditor postquam iure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit: liceat quidem ei hoc facere: si quid autem superfluum sit, debitori servare. Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione, utpote viliore precio facta, sacramenti religionem creditor præstare compellatur quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendiderit rem, quanti potuerit venire: & hoc tantummodo reddi debitori, quod ex iuramento superfluum fuerit visum. Sin autem ex iureiurando etiam minus habuisse creditor inveniatur: in residuum habeat integram actionem. Æstimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat sive amplioris sive minoris quantum ad debitum quantitatis est, iudicialis esse volumus disceptationis: ut quod iudex super hoc statuerit, hoc in æstimationem pignoris obtineat. Dat. XV. Kal. April. Constantinop. Lampadio & Oreste VV. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Ius creditoris in pignore hoc esse, ut aut distrahat, aut nemine ad emptorem accedente ius dominii a principe impetret.*
2. *Impetrationem dominii quæ præcedere debeant.*
3. *Forma in dominio impetrando observanda.*
4. *Impetrati dominii effectus.*
5. L. ultim. C. de iur. dom. imp. *ius vetus distrahendi pignoris non mutari.*

1 PErtinet hic † titulus ad ius creditoris in pignore. Id ius summum esse diximus, ut distrahere liceret, *L. si cessante, supr. de distr. pignor.* Neque vero quidquam amplius creditori conceditur in dominio pignoris. Itaque pignus sibi frustra addicit: frustra per interpositam personam emit, *L. Et qui sub, supr. de distr. pign.* Si tamen pignus expositum emptorem non reperiat: consultum est creditori, ut rem dominii iure et possidere liceat. Id ius impetratur a principe ad eum modum, qui hic præscriptus est in *L. ult. hoc titul.* Quam ita commodissime intelligemus, si in hac impetratione hæc ordine spectentur, primum ea, quæ hanc interpretationem præcedunt, deinde ipsa interpretatio, postremo, quæ hanc sequuntur.
2 Quæ præcedere † debeant, hæc sunt. Primum, ut creditor denunciet debitori, ut solvat; alioqui fore, ut ius pignoris exsequatur. Et hoc, si debitor non negabit se debere: quod si negabit, creditor iudicio adversus eum experiri debet, & efficere, ut condemnetur. Secundum est, ut post hanc denuntiationem, aut sententiam acceptam totum biennium cesset debitor. Tertium, ut biennio exacto creditor pignus venum exponat. Quartum, ut exposito pignore emptorem non reperiat, cum qua parte congruit *L. debitor, D. ad Treb.* Quintum, ut ad extremum creditor iterum præsenti debitori denunciet, ut solvat: sin aberit, curet, ut magistratum adeat, qui absenti per apparitorem tempus præstituat, intra quod adsit, & pecuniam offerat.

3 His † peractis rebus, recte perveniet creditor ad dominii impetrationem. In quo impetrando hæc forma observatur, ut creditor precibus principi oblatis petat sibi pignus dominii iure possidere licere: quo facto, rescripto principis id impetrat. Quod de precibus hic dicitur, monendi sumus hæc esse, quæ his precibus creditor complecti debeat: nempe & nomina debitorum, & declarare se solemnia peregisse, de quibus diximus; sumptum ex *L. 1. h. t.* Ex eadem lege intelligimus creditorem non debere generaliter petere, ut sibi universa bona debitoris addicantur, sed nominatim res certæ, ut de his venum expositis constare possit, deque earum æstimatione, ne plus consequatur creditor, quam ei debetur.

Impetrationem † sequitur huius rei effectus: est autem hic in *§. sin autem tempore*; ut post impetrationem debitori nihilominus aliquid iuris relinquatur in eam rem. Ac primum intra biennium ex quo ius dominii impetratum est, sit potestas debitori rei suæ recuperandæ, si modo debitum offerat cum usuris, & omni damno, quod ex eius frustratione creditor passus est. Hoc ius singulare asse notandum est: nam postquam creditor dominus esse cœpit, postulabat ius dominii ut res ei invito avocari non posset, quantumlibet ei debitum offerretur, *L. non est, supr. de resc. vend. L. id quod nostrum, D. de reg. iur. L. penult. supr. si antiq. cred.* Et ideo bene hic dictum est, hoc ius humanitatis caussa debitori tributum. Usuræ, de quibus hic dicitur, hæ erunt, quæ frequentantur in regione, ubi res agitur: dummodo non excedant modum constitutum, *L. 1. D. de usur. L. eos, §. 1. supr. de usur.* De damno quod diximus, si erit controversia, de eo iuranti creditori fides habebitur, *d. §. sin autem tempore, in fin.* Biennio post impetrationem dominii peracto ius dominii creditori omni ex parte confirmatur. Sed tamen etiam tunc hoc relinquitur, de quo & agat ipse, & item debitor, ut sive ex ea re creditor minus consecutus sit, quam ei debetur, sive plus, id quo minus consecutus est, repetere possit vetere actione a debitore, *§. sed siquidem*; quod est amplius, id cogatur debitori reddere, *§. sin autem minus.* At qua actione? Nam debitor dominus rei esse desinit, & Iustinianus hoc casu omnia debitori iura integra hac ipsa lege servari ibidem iubet: ut intelligere quis possit hoc casu etiam in rem actionem debitori competere, ut prius. Sed idem Iustinianus ibidem etiam post hanc quæstionem emergentem vocat creditorem dominum. Melius est igitur, ne hic pugnantia inducantur, sic locum accipere: ut omnia iura debitori integra serventur, non in rem, cuius dominium iam confirmatum est creditori; sed ad hoc, ut quod amplius in pignore est, quam debuit,

bult, id a creditore consequatur: verom tamen propriis actionibus. Qua actione igitur? non rei vindicatione, quae ei non competit, qui dominus esse desiit; sed condictione ex lege, quae hac lege nova constituta in eam rem intelligitur, *L. 1. D. de condict. ex leg.* Cavet tamen Iustinianus, ut in eam summam, quae excedit debitum, res, cuius dominium impetratum est, pignori sit vel ipsi debitori, vel eius creditoribus, quibus ipse prius eam rem obligaverat. Quod si sit controversia, quanti valeat pignus ultra quam creditori debetur, ut hoc ab eo reddatur: de eo sic constituit, ut intersit, utrum eam rem apud se retineat creditor, an vendat. Si sibi retinet, tanti res aestimatur, quanti revera est. Quod si de eo dubitetur, iudicis erit cognitio & aestimatio, *vers. ult.* Sin creditor eam rem vendat, non plus consequi intelligitur, quam quanti vendit: & si forte minoris vendiderit, quam quanti valet, non erit ei fraudi: dummodo iuret nihil dolo malo a se factum esse, ut minoris iosto venderetur, *§. sin autem dubitatio.* Hactenus constitutio. Sed † me- 5 minerimus huic locum esse, cum dominii ius impetrare vult creditor in pignore, ad ius autem distrahendi pignoris non pertinet, de quo dixi ad *L. 4. & seqq. supr. de distr. pig.*

AD TITULUM XXXV.

COD. DE PACTIS PIGNORUM, ET LEGE COMMISSORIA IN PIGNORIBUS RESCINDENDA.

Ad L. Qui pactus est. 1.

Imp. Alexand. A. Victorino.

Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus hypothecae venditionem, non contraxit: sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet. PP. Id. Octob. Alexandro A. Coss.

Creditor pactus est, si intra certum tempus pecuniam non solveret, se creditoribus cessurum hypothecae venditionem. Quaesitum est, an pecunia sua die non soluta intelligatur pignus creditori venditum esse ex suprascripta conventione. Respondet Alexander non eam vim esse superioris conventionis. Pactus est enim debitor se cessurum hypothecae venditionem, idest, potestatem & ius hypothecam vendendi: proinde nihil amplius ex conventione habiturum creditorem, quam ut iure communi hypothecam vendat. Potest & rescriptum sic accipi, quasi quaesitum sit, an etsi tantum potestas tribuatur creditori ex superiore conventione hypothecam vendendi, tamen conventio servari debeat. Movet, quod lex commissoria in pignoribus repudiata est.

Videri autem potest haec conventio legi commissoriae similis. Etenim lex commissoria in pignoribus est, ut res sit vendita creditori poenae caussa, si sua die pecunia soluta non erit. Hac vero conventione efficitur, ut res vendatur, si minus creditori, at certe alii. Respondet Alexander, conventionem hanc valere: neque enim esse legi commissoriae similem, quoniam ex lege commissoria venditio contrahatur cum creditore pro ea pecunia, quae debetur: hac autem conventione debitor venditionem non contrahit, neque cum creditore, neque cum ullo alio: sed tantum id tribuit creditori, quod ipse etiam sine conventione esset habiturus, nempe vendendi potestatem. Ex quo recte colligit, eum iure communi recte pignus vendere posse. Potest etiam locus sic accipi verbis non repugnantibus: quasi dicat Imperator, conventionem hanc qua debitor paciscitur, se pecunia non soluta cessurum hypothecae vendendae potestatem, esse inutilem, quia sit supervacua: nam etiam sine conventione ius idem creditor esset habiturus. Quod verum esse docuimus ad *L. 4. & seqq. supr. de distr. pig.* Hac postrema sententia exprimitur illud, quod indicatur in *L. Cornelius, D. de hered. instit.* adiectionem omnem supervacuam esse eius rei, quae etsi adiecta non esset, intelligeretur tamen.

Ad L. Si fundi nomine. 2.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Dionysio.

Si fundi nomine quem vendideras, emptori ab alio mota proprietatis quaestione alterum fundum pro eius evictione pignoris hypothecaeve titulo emptionis instrumentis ea lege dedisti, ut quem secundo tradideras, si is quem vendideras, evictus non fuerit, obtineas: de hoc contra eum, qui moverat quaestionem lata sententia: emptori parata securitate circa eum, quem obligaveras, restituendum: conventionis fidem impleri (si negotium integrum est) praeses iubebit. S. Kalend. Decembr. Sirmii, AA. Coss.

SEntentia haec est, cum pignus sub conditione datum est, deficiente conditione pignus nec datum videri, eoque & de pignore competere pignoratitiam actionem, quod pene totidem verbis comprehensum est in *L. solutum*, §. 1. *D. de pign. actio.* Rescriptum id hoc loco ex facto in hac specie, cum fundus creditori obligatus esset hac conditione, si alius fundus venditus evictus esset, & constitit eum fundum evictum non esse. Ergo quod quaesitum est hoc loco, erit in hanc rem de pignore recipiendo pignoratitia actio. Quae actio, quia certa est & vulgaris, ideo praescriptis verbis actioni in proposito locus non est, si ius verus sequamur. *L.* 1. 2. & 3. *de praes. verb.*

Ad L. Ult.

Imp. Constantinus A. *ad populum.*

Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, & in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, & futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt. Data II. Kal. Febr. Serdicae, Constantino A. VII. & Constantio Caesare Coss.

S U M M A R I A.

1. *Lex in conventionibus, quid.*
2. *Commissoria, quid.*
3. *Lex commissoria in emptione, quae.*
4. *Lex commissoria in pignoribus, quae: & cur improbata.*
5. *Legem commissoriam in emptione ne nunc quidem improbari, aut improbatam antea: & cur aliter in pignoribus.*
6. *Legem commissoriam in pignore nusquam alibi admissam proponi, & de locis in speciem contrariis responsum.*

CAEtera pacta in pignore dando recipiuntur. Improbatur id solum, quod hic dicitur lex commissoria in pignore, de qua dicemus hoc ordine: quid sit lex commissoria, & unde dicatur; quid sit caussae, cur lex commissoria in pignore improbetur, non in emptione: quibus conditionibus improbetur, & qui loci in iure hanc legem admittere videantur. Lex
1 in conventionibus † dicitur conventio non quaevis, sed conventio traditioni rei nostrae adiecta; aut conventio, qua in re nostra tradenda convenit, ut qui accepit, aliquid faceret, aut non faceret: quasi dicas traditionis rei nostrae temperamentum quoddam, *L. Legem, sup. de pact. L. ea lege, supr. de condict. ob. cau. dat. L.* 1. *L.* 3. *L. servus ea lege, D. de ser. expor.* quam vim huic verbo subesse, & unde sit ducta, ostendit ad *d. L. legem, supr. de pact.*

Com-

2 Commissoria † dicitur a committendo. Dicitur autem res quæque commiti alicui, cum domino rei suæ dominio excidente dominium alteri acquiritur, ut sic res dicatur alteri commissa, quasi dicas ita ei traditam, ut incipiat in eius iure & potestate esse: denique sic commissam alteri, ut is pro suo arbitratu de ea re possit statuere. Id intelligere possumus in iis mercibus, quæ ob delictum fraudati vectigalis dicuntur in commissum cadere, id est, in pœnam commissi. *L. interdum, D. de publ.* Nam hic in commissum merces cadere dicuntur, quæ committuntur fisco, & dicuntur fisco committi, quæ veteribus dominis ademptæ fisco vindicantur, quasi dicas, fisco traduntur, ut sint iam in eius potestate, *L. commissa, D. de Publician.* quam verbi significationem & originem confirmavi pluribus ad *L. 4. §. Cato, D. de verb. obl.*

3 Hinc † dicta est lex commissoria in emptione. Est enim hæc lex, cum in conventione ita convenit, ut pretium certa die solveretur, & nisi solutum esset, res esset inempta, idest, emptor dominio eius rei excideret, res ad venditorem veterem dominum reverteretur, *L. 2. D. de leg. com.* Qua conventione apparet, rem emptori ademptam venditori committi, idest, quasi tradi & addici, ut is de ea pro suo

4 iure statuat. Hoc exemplo † dicta est hoc loco lex commissoria in pignore, cum creditor pecuniam credit ea lege, idest, eo pacto & conditione, ut pecunia certa die sibi reddatur, si ea die soluta non erit: ut pignus, quod eo nomine obligatum est, suum fiat pro pecunia credita, & quod iam sæpe diximus, ei committatur pignus pœnæ caussa ob id, quia pecunia sua die soluta non sit. Hæc est lex, seu conventio traditioni pecuniæ & pignoris adiecta, quæ hac lege improbatur. Non recte improbatur, dixerit aliquis, quoniam si non læditur hac conventione debitor, nulla caussa est eius improbandæ. Sed etsi lædatur, tamen ideo conventio servanda est, quia licet unicuique de re sua pacisci: licet etiam unicuique paciscendo deteriorem conditionem suam facere. *L. iurisgentium, §. si paciscar, L. pactum, D. de pact. L. pen. supr. de pact.* Et improbandi ratio est, quod non omnia pacta de se privata valent; sed ea, quæ neque dolo malo facta sint, neque contra bonos mores; cætera contra, *L. iurisgentium, §. ait, D. de pact. L. pact. quæ contra, supr. de pact.* Hæc autem lex, de qua agitur, ex hoc genere est, est enim contra bonos mores. Et probabile est, non hac constitutione Constantini primum hanc legem improbatam esse, sed etiam displicuisse veteribus: tantum pœna aucta est, & ius apertius constitutum hac constitutione, cum aut veteres in eo variarent sententiis, aut ab his ita conventio acciperetur, ut reciperetur per convenientiam. Est autem contra bonos mores, quia invitat creditorem ad delinquendum & fraudandum eos, qui non consentiunt, quod genus totum improbari constat. *L. 5. D. de pact. dot.* Invitamentum ad fraudandum huiusmodi est: nam si impune licebit creditori hoc pacisci, semper hanc legem in pecunia credenda adiicient creditores, & res ad se quam minimo transferent: debitores autem necessitate pecuniæ accipiendæ constricti & hanc legem & aliam quamvis facile suscipient, ut sibi pecunia potiri liceat. Hæc lex nominatim improbatur in pignore. Unde † intelligimus legem commissoriam in emptione etiam nunc manere: id enim manere necesse est, quod sublatum non probatur, *L. præcipimus, in fin. supr. de appell.* Et merito lex commissoria in emptione non item improbatur, ut in pignore. Altera enim iniusta est, altera iusta. Lex commissoria in pignore dominium veteri domino aufert. Lex commissoria in emptione dominium veteri domino conservat, nempe venditori. Lex commissoria in pignore pignus addicit creditori pro minima pecunia interdum, quæ credita est. Lex commissoria in emptione rem venditori suo addicit iusto pretio, certe eo, quod ab emptore prius profectum erat, de quo ille queri non debet. Postremo lex commissoria in pignore adiicitur non consentiente debitore, qui necesse habet propter inopiam pecuniam accipere. Lex autem commissoria in emptione nulla necessitate adiicitur, quia nemo cogitur emere. Non est igitur mirandum, si in emptione recepta, in pignore improbetur. Neque vero credibile est unquam constitutione Constantini in emptione legem commissoriam repudiatam fuisse. Etsi enim hæc constitutio in Codice Theodosiano indefinite legatur scripta de lege commissoria: tamen ex adiunctis constitutionis apparet Constantinum sensisse de lege commissoria in pignoribus. Primum, quia nominat acerbitatem huius legis commissoriæ, quæ acerbitas huius legis nulla est in emptione. Deinde iubet creditores accipere, quod dederunt, quæ verba ad venditorem non pertinent, sed ad eum, qui mutuam pecuniam credidit. Utcumque est, semper illud

Digitized by Google

illud constat legem superiorem improbati saltem in pignore hac constitutione.

6 Sed videndum est, † ne qui loci huic constitutioni adversentur. Ex quo genere plerique esse videri possunt. Primum recipitur hæc venditio, si debitor pecunia accepta, & dato pignore, simpliciter postea pignus det creditori in solutum. *L. cum dominam, sup. de pig. L. Titius, D. de pign. act.* Quidni igitur & ab initio in pignore dando pignoris quoque venditio recte contrahatur sub conditione, si pecunia soluta non erit? Sed longe dissimilia hæc sunt. Nam hac venditione ab initio interposita fraudatur debitor, qui necesse habuit eam interponere, cum creditor alia lege pecuniam non daret. Postea autem si debitor rem vendit pro pecunia vendita, volens rem vendit, non coactus, *L. nec emere, supr. de iur. delib.* Nemo autem videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt, *L. nemo videtur, D. de reg. iur.* Immo, dicet aliquis, etsi venditio pignoris contracta erit ab initio sub hac conditione, si pecunia soluta non erit, venditio recte contrahetur. Sic enim recte contrahi placet, ut pecunia sua die non soluta, res creditori empta sit iusto pretio tunc æstimanda. *L. si fundus, §. ult. D. de pig.* Sed multum interest, utrum convenerit, ut res creditori empta esset pro pecunia credita, an vero empta esset iusto pretio. Nam hoc casu posteriore nulla iniuria fit debitori, si iustum pretium accipit. Postremo obiicitur *L. ult. D. de contr. empt.* ubi ipsissima lex commissoria, de qua diximus, admitti videtur. Recipitur enim hæc conventio: fideiussor, qui creditori debitoris datus est, habeat pignus creditori datum sibi emptum, si pecuniam nomine debitoris creditori solverit, & habeat tantum pro pecunia creditori soluta, idest, debitori credita. Respondeo: Lex commissoria in pignoribus improbatur, quæ rem addicit ipsi creditori, non etiam quæ rem addicit vel fideiussori, vel alii, qui pecuniam non credidit. Differentiæ ratio est, quod creditori adiicere hanc legem cogitur debitor, qui aliter pecuniam non acciperet a creditore: alii adiicere non cogitur, quoniam ab eo pecuniam non accepit. Iam autem dixi neminem fraudari, qui sciat & consentiat non coactus.

AD TITULUM XXXVI.

COD. DE EXCEPTIONIBUS, SEU PRÆSCRIPTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Liberationum summa divisio.*
   Ipso iure liberari, quid: & quid per exceptionem, ibid.
2. *Exceptionem liberationis caussa initio opponi debere: & illud Pauli quid sit, in stipulationibus ius, in pactis factum versari.* L. si unus. §. pactus, D. de pact. & num. 10.
3. *Exceptio quid?*
4. *Exceptionis vis ad liberandum, & huius vis ratio*, & num. 6.
5. *Nullam esse exceptionem, nisi quæ actioni prius iure summo constituta opponatur.*
6. *Iusta petitio, & iniqua apud Iustinianum quid distent.*
7. *Exceptiones facti, quæ vulgo dicuntur, exceptiones non esse.*
8. *Intendere, intentio, quid, & unde translata appellatio.*
9. *In condemnationem quid deducere, quid sit in* L. 2. D. de excep.
   Eximere condemnatione, minuere condemnationem, de quibus exceptionibus dictum. ibid.
10. *Exceptionis usus, ut in lite contestanda opponatur actori: hinc illa verba, opponere, obiicere exceptionem, exceptione actori occurrere.*
11. *Exceptio unde sic dicta, & cur dicta conditio.*
12. *Exceptiones temporales, aut perpetuas esse, & quid horum utrumque.*
13. *Temporalium exceptionum genera, & caussæ.*
14. *Perpetuarum exceptionum species & caussæ.*
15. *Præscriptionem nihil aliud esse, quam exceptionem, & unde huius appellationis origo.*
16. *Præscribere alicui idem esse, quod præscriptione, seu exceptione uti adversus aliquem: & errare eos, qui præscribere putant idem esse, quod tempore acquirere, præscriptionem longi temporis esse acquisitionem, quæ longo tempore contingat.*

CUM propositum sit deinceps de liberationum generibus agere, & de stipulatione, sine qua non fit recte novatio & acceptilatio: non inepte factum videtur, ut coniungeretur hic tractatus *de exceptionibus*. Est enim exceptio species liberationis. Et quoniam minus hoc modo debitores liberantur, quam cum liberantur ipso iure: inde etiam factum videri potest, ut hic tractatus præmitteretur iis eaus-

caussis, quibus ipso iure obligatio tollitur. Id quale sit, intelligitur ex divisione liberationis.

1 Ergo † liberantur debitores iure omnium obligationum communi, partim ipso iure, partim per exceptionem, *L. qui servum*, §. 1. *D. de obl. & act. L. cum quis*, 38. §. 2. *L. qui decem*, 72. *D. de sol.* Ipso iure, cum ipso solum iure, puta verbis ipsis legis sine alio suo facto quis liberatur: quod quibus modis fiat, dicetur oportunius, *infra*, ad tit. *de novat.* Per exceptionem, cum subtilitate iuris, idest, verbis ipsis manente obligatione, reus æquitate aliqua defensionis se tuetur, quæ defensio actioni opposita, dicitur exceptio. *Inst. de excep. in pr. & deinceps*, *L. si quis cum*, 36. *de verb. obl.* Valet interdum *ipso iure* idem, quod iure civili, non prætorio: de qua significatione horum verborum in usu iuris scripsi pluribus ad §. *actiones autem*, *Instit. de act.* Hic ipsum ius exceptioni oppositum idem valet, quod ius solum. Estque omnino superioris distinctionis hæc sententia. Tollitur obligatio & actio ipso iure, idest, solo ita, ut ad omnem defensionem in lite contestanda sufficiat reo negare se debere. Perimitur per exceptionem, cum necesse est, ut fateatur se adhuc iure civili debere; sed adversus intentionem iure civili comparatam opponere debet defensionem, qua actionem excludat: quæ, ut dixi, defensio exceptio appellatur *Inst. de excep. in pr. & deinceps.* Ita fit, ut defensio exceptionis sit in facto rei posita

2 ad eius liberationem. Hoc est, † quod Paulus scribit in *L. si unus*, §. *pact. D. de pact.* in stipulationibus ad liberandum reum ius, in pactis autem factum versari. Non significat, ut vulgo ea sententia accipitur, pacta iure non valere ad liberationem, sed tantum factum nudum habere. Nam revera pactum prodest ad liberationem non minus, quam stipulatio Aquiliana. *L. 5. sup. de pact.* Sed inter utrumque hoc interesse significat Paulus, quod stipulationes & liberationes iuris civilis ius continent, idest, iure ipso debitorem liberant & actionem perimunt; pacta autem factum debitoris continent ad liberationem, idest, ita debitorem liberant, si ipse in iudicio exceptionem opponat, & eo facto se tueatur adversus intentionem, de quo scripsi plura ad *d. L. 5. sup. de pact.*

Hac divisione constituta, res eo redit, ut si noverimus, quid sit exceptio, & quibus ex caussis exceptiones de re quaque nascantur, sive quot genera sint exceptionum: eadem opera quibus modis quisque per exceptionem liberetur, intelligamus: quæ nunc breviter subiiciam.
Exceptio † sic definitur ab Ulpiano in 3
L. 2. de excep. quasi quædam *exclusio, quæ actioni cuiusque rei opponi solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.* Aliis verbis, sed prope eadem sententia sic definitur a Paulo in *L. exceptio.* 22. D. eod. ut sit, *conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.* Definitiones sumptæ, illa ab effectu exceptionis, & utendi modo; hæc etiam a conceptione.

Effectus † hic est. Exceptio exclusio 4
est actionis. Hinc intelligimus, tametsi debitor qui exceptionem habet iure comparatam, actione vetere iure civili teneatur, tamen opposita exceptione id eum consequi, ut non magis teneatur, quam si adversus eum nulla esset actio: ad quod demonstrandum pertinent exempla tit. *Inst. de excep.* Atque hinc nata regula iuris: nihil interesse, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur, *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Ex eadem vi nata verba rei convenientia, repelli, removeri, submoveri, excludi, infirmari actionem exceptione, seu ope exceptionis, quæ legenti passim in hoc argumento occurrent. Non est † exceptio quæ- 5
vis exclusio, sed exclusio actionis: ex quo intelligimus nulli competere exceptionem, nisi subsit actio iure civili constituta, qua is teneatur; ut persecutio quidem iusta sit, sed iniqua adversus eum, cum quo agitur, ut loquitur Iustinianus *Inst. de excep. in pr. & deinceps.* Iustam vocat, † quæ 6
iure nititur & consistit; iniquam, ex qua non sit æquum debitorem condemnari, postulante id legis sententia. Et vero hac de caussa recte constituitur, ne actio legitima noceat, quæ iure tantum summo nocet. Neque enim ius summum dicendum ius est, nisi abusive. Unde ius definitur ars, non summi iuris & verborum, sed æqui & boni, *L. 1. D. de iust. & iur.* Quod † si ita est, apparet errare vul- 7
go interpretes, qui cuderunt nobis eas exceptiones, quas appellant facti, idest, eas allegationes, quibus ostenditur actionem ipso iure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat. Atqui non est exceptio, quæ actionem præcedentem non excludit. Solutionis autem allegatio non potest actionem præcedentem excludere, cum actio post solutionem nulla esse cœperit. Explicat autem Ulpianus qualis sit hæc exclusio, quæ obiicitur, *Ad exclu-*

den-

dendum inquit, *id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*. In intentionem, idest, in petitionem. Intende-
8 re † est contendere aliquid ab aliquo, ut nobis præstet; vel affirmare aliquid, quo ab alio quid petamus, §. 1. *Inst. de act.* Hinc intentio omnis affirmatio, qua aliquid ab aliquo petimus. *L. si quis intentione, D. de iud. L. vindicantem, D. de evict. L. in exceptionib. D. de prob.* Significatio translata a sagittariis, qui arcum intendunt in rem aliquam, ut eam petant: quod facit omnis, qui iudicio experitur, dum adversus reum intendit actionem. Unde & actor, cum agit, dicitur dirigere actionem adversus reum. *L. 2. h. tit. & L. 1. sup. de exsec. rei iud.*
9 In condemnationem, † accipere possumus, & in condemnationem futuram, & in condemnationem præteritam: ut significetur exceptionem excludere id, quod in intentionem deductum est in hoc, ut reus postea condemnetur in id, quod petitur, vel ut excludatur id, in quod iam reus condemnatus est: quam ad rem comparatæ sunt exceptiones iis, qui in id, quantum facere possunt, conveniuntur ex condemnatione, de quibus in §. *pen. Instit. de act.* Ex hoc sensu illud dictum accipi potest, quod est in definitione Pauli, cum dicitur exceptio esse, qua modo reus eximitur condemnatione, modo minuitur condemnatio. Eximitur condemnatione, cum petitio penitus excluditur; minuitur condemnatio, cum in id solum, quod facere potest, condemnatur; aut in solidum condemnatus convenitur tantum in id, quod facere potest, propter exceptionem.
10 Atque † hic effectus est exceptionis. Sed quomodo exceptione utetur reus ad defensionem? Id indicatur verbis illis definitionis, quæ cuiusque rei actioni opponi solet: quibus significatur ita exceptione excludi actionem, si exceptio actioni opponatur. Hinc illa rursum nata ex re, obiicere, opponere exceptionem, petenti actori exceptione occurrere, quod postremum est in *L. 4. D. de servit.* Opponitur autem in lite contestanda. *L. siquidem, L. præscriptionem, infr. hoc tit.* Atque hæc oppositio ita exceptionis propria, ut si sit prætermissa, nihil profit postea reo exceptio ad liberationem. Unde merito diximus defensionem omnem exceptionis in facto rei esse positam. Sic ergo exceptione utimur ad excludendam actionem.
11 Est † præterea & exceptionis sua conceptio & formula verborum, a qua exceptio conditio appellatur in *d. L. exceptio, D de excep.* Si cognoverimus, quamobrem defensio ad excludendam actionem comparata dicatur exceptio: simul quamobrem dicatur conditio, intelligemus. Nonnulli putant exceptionem dictam esse, quia exceptione sic excipiatur actio intentata a debitore, ut pila in nos emissa a nobis excipitur, quam in alium retorquemus. Non male fortasse, si vis verborum spectetur. Sed verendum est, ne non satis sit ex usu actorum. Nam exceptione dicitur actio repelli. Contraria sunt, emissum accipere, & repellere. Res sic habet: defensio omnis actioni opposita ad eam excludendam eodem modo dicitur exceptio, quo usitate exceptiones dicuntur orationes, quibus aliquid de regula excipimus. Id enim facit omnis defensio, si cum intentione adversarii conferatur. Nam intentio actoris generalis est, qua exempli gratia, decem mutua petens id agit, ut reus in ea decem condemnetur: quia intendat omnem qui mutuum accepit, mutuum reddere debere. Exceptio a reo opponitur, qua excipit pactum, iusiurandum, rem iudicatam, & similes caussas, ex quibus exceptiones nascuntur: ut dicat videlicet: quod intendis, actor, generaliter omnem qui mutuum accepit, mutuum reddere, sic accipiendum est: nisi pactum inter nos intervenerit, ne a me peteres; nisi ego iuraverim te deferente me reddere non debere; & si quæ sunt similes caussæ, quæ totidem sunt superioris definitionis exceptiones. Iam vero omnis exceptio, qua quid excipitur de regula, conditio est: certe concipitur sub conditione. Sic enim subiicitur: hoc ita est, *si non; nisi illud, aut illud factum erit*, & si quæ particulæ eandem vim habent. Hinc factum, ut exceptio conditio appelletur. Quam ob caussam animadvertere possumus fere omnem exceptionem concipi sub conditione. Ex innumeris locis liceat duos citare, *L. 2. L. si a te, D. de excep. rei iud.* de quo more iudiciorum veterum si quis plura desideret, reperiet diligenter expositum a Duareno ad *L. iurisgentium, §. 1. D. de pact.* in illis verbis, *actionem a prætore dandam*.

Nunc † quæ sint exceptiones, seu qui 12
modi, quibus per exceptionem in re quaque quis liberetur, videamus. Exceptionum duo sunt genera. Quædam sunt temporales & dilatoriæ; quædam perpetuæ & peremptoriæ. Temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Aliter temporales præscriptiones dicuntur sub titulo *de divers. tempor. præscription.* Illic enim exce-

Digitized by Google

exceptiones temporales dicuntur, etiam quæ sunt perpetuæ: sed temporales ideo, quia ex usu longi temporis nascuntur. Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ perpetuo agenti obstant, eoque modo rem, id est, caussam, de qua agitur, perimunt: hæc in *L.* 3. *D. de except.* & *§. appellantur, Instit. eod.* Dilatoriarum † & temporalium exceptionum tria genera sunt.
13 Quædam sunt iudicii recusandi & transferendi caussa, nata ex eo, quod quis non recte iudicium ordinat: puta quia is agit, cui actio non competit, aut eo loco agitur, vel apud eum magistratum, ubi & apud quem conveniri quis non potest: quo in genere est exceptio, quæ dicitur procuratoria, & eæ, quæ dicuntur usitate fori præscriptiones. *§. penult. Institut. eod. L. ult. hoc tit.* Quædam sunt de re ipsa, quæ ex pacto nascuntur, cum ita convenit, ne intra certum tempus agetur. *§. appellantur. Instit. eod.* Quædam minuendæ condemnationis gratia, quæ non tam ex re, quam ex conditione personæ debitoris nascuntur, eique humanitatis caussa tribuuntur. Huius generis est exceptio omnis, quæ datur debitori in id, quod facere potest. Quæ quibus personis, & quibus ex caussis tribuantur, exponitur in *§. pen. Inst. de act. L. sunt qui,* & *seqq. D. de re. iud.* Huius generis exceptiones recte dilatorias & temporales esse dicimus: nam tamdiu nocent creditori, quamdiu debitor facere non potest: quod si debitor facultatibus auctus sit, & facere posse incipiat, iam amplius non utitur hac exceptione. *L. unica, §. cum autem, supr. de rei ux. act.*

14 Perpetuæ † & peremptoriæ exceptiones caussis itidem distinguuntur: quæ sunt variæ. Licet autem hanc generum distinctionem in his observare, igitur quædam a principio in re contrahenda statim nascuntur, quædam exsistunt postea. Nascuntur ab initio exceptiones perpetuo partim ex re, & eo, quod factum est: partim ex persona aut rei, aut debitoris. Ex re nascuntur, si quis quid metu promiserit, si promiserit inductus dolo; si promiserit errore lapsus, dum putat se debere, quod non debet; si caverit pecuniam tanquam acceptam, quæ ei numerata non sit. Hinc illæ exceptiones: *Quod metus caussa,* de qua in *Instit. eod. in princ.* Exceptio doli specialis, de qua in *Instit. ibid.* & Titulo *D. de doli mali* & *metus except.* Nam & generalis doli exceptio est, quæ ex omnibus aliis exceptionibus oritur: quoniam dolo facit, quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit. *L.* 2. *§.* & *generaliter, D. de doli* & *metus exception.* Exceptio in factum, de qua eodem loco *Institut.* & *L. si quis cum aliter, D. de verb. obl.* Item exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua in *§.* 2. *Institut. eod. L. adversus,* & *tot. tit. sup. de non num. pec.* Has exceptiones iam ab initio nasci apparet, quia iam ab initio caussas, ex quibus nascantur, constitutas habent. Ex persona nascuntur ab initio duæ: exceptio SC. Macedoniani, & exceptio SC. Velleiani. Prior filiisfamilias comparata est de pecunia ipsis credita: comparata non ipsorum favore, sed odio fœneratorum. Posterior tributa mulieribus, quæ pro aliis intercesserunt, ipsarum scilicet gratia, dum earum infirmitati consulitur: de his est in *L.* 7. *§.* 1. *D. eod. L. qui exceptionem. D. de cond. ind.* Adde titulos, qui sunt de his caussis, D. & C. *de senatusconsult. Macedon.* & *ad senatusconsult. Velleian.* Exsistunt post rem contractam exceptiones ex his pene caussis. Primum ex voluntate actoris, si voluit debitorem, aut eum, cum quo agitur, non teneri. Tum ex iureiurando debitoris, si iuraverit debitor actore deferente, se non debere. Præterea si debitor iudicio absolutus erit. Postremo ex tempore. Voluntas actoris debitorem exceptione liberat, quocunque modo unda voluntate constituerit, ne debitor teneretur. Hinc exceptio pacti conventi, si convenit inter debitorem & creditorem, ne creditor peteret: de qua in *§. præterea, Inst. eod.* Hæc edicto de pactis comparata est, *L. iurisgentium, §. sed cum nulla,* & *§. ait. D. de pact.. L. in bonæ fidei, sup. de pact.* Hinc & exceptio in factum, vel doli mali adversus heredes, si testator voluit debitorem aliquo modo liberari: de qua specie est in *L.* 1. *hoc tit.* Ex eodem fonte est exceptio rei venditæ & traditæ, proposita ei, cui res vendita tradita est ex voluntate venditoris, aut eius, qui postea venditori heres extiterit *L.* 1. & toto tit. *D. de excep. rei vend.* Ex iureiurando est exceptio iurisiurandi, de qua in *§. æque, Inst. eod.* Hæc proposita est edicto de iureiurando: de qua in *L. ait.* & *L. nam posteaquam. D. de iureiur.* Ex sententia, qua absolutus est debitor, est exceptio rei iudicatæ: de qua in *§. item. si Inst. eod.* & *tot. tit. D. de except. rei ind.* & *L.* 2. *hoc tit.* Ex tempore nascitur exceptio ex constitutionibus, cum intra tempora constitutionibus constituta creditor non egit: *L. sicut,* & *pene tot. tit. sup. de præs. trig. vel quad. anno.* & si qui sunt simi-les

tes loci, quibus ad agendum certa tempora præstituta sunt. Hæ fere exceptiones, & exceptionum caussæ sunt: quod si quæ aliæ reperientur, sunt eiusmodi, ut ad has nullo negotio referri possint. Unde titulus Dig. *quarum rerum actio non*
15 *detur*. Quæ † de exceptionibus diximus, eadem dicta intelligenda sunt de præscriptionibus, quæ pars est altera huius inscriptionis. Nam præscriptio nihil aliud omnino, quam exceptio. Unde inscriptio huius tituli non sic concipitur, *de exceptionibus & præscriptionibus*, quasi de rebus diversis, sed *de exceptionibus*, seu *præscriptionibus*, particula, *seu*, interposita, quæ easdem res proponi declarat: ut in illis inscriptionibus liquet, *Lælius*, seu *de amicitia: Cato maior*, seu *de senectute*. Præscriptionem autem idem declarare, quod exceptio, hinc facile intelligitur, quod quæ exceptiones usitate dicuntur, eædem dicuntur præscriptiones: & contra quæ usitate dicuntur præscriptiones, hæ dicuntur etiam exceptiones. Ut puta, defensio, quæ nascitur debitori ex re iudicata, usitate appellatur exceptio rei iudicatæ, toto Tit. *de except. rei iud.* At hæc dicitur præscriptio rei iudicatæ, in *L. iudicatæ*, *D. de exceptien. rei iudic.* Sic & doli exceptio usitate exceptio dicitur: in quæ verba est titulus de hac specie. *D. de doli mali, & metus exception.* sed & hæc dicitur doli præscriptio in *L. si debitor*, 91. *D. de sol.* E converso defensio, quæ nascitur debitori ex eo, quod quis in suo foro non convenitur, aut non convenitur ab eo, qui sit procurator, dicitur frequentius præscriptio fori, & procuratoria *L. penult. & ult. hoc tit.* Ad hæc eadem dicitur exceptio procuratoria in *§. penult. Instit. eod.* Item defensiones, quæ nascuntur ex possessione longa, usitate dicuntur præscriptiones longi temporis. Tit. *de præscription. long. tempor. supr.* Atqui hæc præscriptio nihil aliud est, quam exceptio temporis; idque ita interpretantur *L. creditor*, *D. de diverf. tempor. præscript. L. super*, *supr. de præscript. long. tempor.* Significatio inde ducta est: nam inter cætera præscribere est dictare, & ostendere alicui, quo modo se gerat, & quid facto sit opus. Id autem facere intelligitur omnis reus, qui exceptione utitur. Nam creditor, cum exempli gratia contra pactum de pecunia non petenda, pecuniam a se creditam petit, & intendit reum ex caussa mutui dare oportere, generaliter intentionem concipit: reus exceptione pacti utendo hoc dicit, illum male generaliter agere, & debuisse addere hanc exceptionem: nisi pactum intervenerit, ne peteret. Hoc autem dicere, & docere actorem, nihil est, quam ei præscribere, quomodo intentionem suam concipiat, & postulare, ut ad eam normam in iudicio exceptio pacti adiiciatur. Inde factum est, ut hæc exclusio, & quasi præformatio eius, quod actor in concipienda intentione facere debeat, præscriptio rei dicatur.

Id autem † esse præscribere declaratur 16
in *L. Titia*, *§. Caius*, *D. de legat.* 2. ubi dicitur heres præscribere coheredibus suis, pro eo, quod est contra heredes suos exceptione uti. Ex quibus apparet, quid iudicandum sit iis, qui vulgo putant, præscribere esse longa possessione acquirere, & eam acquisitionem ita distinguunt, ut res quidem mobiles dicant usucapi, res autem immobiles præscribi, quod longe secus est. Nam qui acquirit, acquirit sibi, non adversario: at qui præscribit, is adversario præscribit, non sibi. *d. L. Titia*, *§. Caius*. Non est idem igitur præscribere & acquirere. Denique apparet ex iis, quæ posuimus, præscriptionem in usu iuris, nihil aliud esse, quam exceptionem, & præscriptionem temporis, seu longæ possessionis, de quo plura alias.

Ad L.

Ad L. Debitores. 1.

Imp. Antoninus August. Claudio.

Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria, antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes. PP. Kalend. August. Duobus. & Aspris Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Testatorem creditorem uni ex heredibus suis iubentem totum solvi, non item facere, quo minus & ceteris summo iure pars hereditaria debeatur. Hinc debitorem legatario solventem non liberari summo iure: at liberari per exceptionem.*

1 EI, cui centum a Titio † debebantur, plures heredes exstiterunt. Lege duodecim tabularum actio huius summæ nomine inter heredes divisa est pro portionibus hereditariis, ut hic traditur in *L. 1. sup. si unus ex plur. L. licet, supr. fam. ercisc.* Ita fit, ut singulis heredibus non tota centum debeantur, sed portio hereditaria. Quod si verum est, non potest debitor consequi summo iure, ut liberetur a singulis aliter, quam si singulis solverit portionem hereditariam, quæ eis debetur, aut solverit alii voluntate singulorum. Ita ius est, ut quoniam nemo alterius inviti, aut ignorantis conditionem deteriorem facere potest, *L. solvendo, D. de neg. gest.* ideo nec quisquam invito, aut ignorante creditore alii solvendo liberetur, ubi scilicet hoc facto creditori actionem suam adimat. *L. invito, infr. de solut.* Quapropter hoc constabit, si debitor uni heredum totum solverit cæteris non consentientibus, solventem ea solutione ab aliis non liberari. Quid tamen, si testator quibusdam ex heredibus nomen hoc totum Titii adscripserit, ut hic factum proponitur, idest, legaverit: de quo genere est in *L. ex legato, sup. de legat.* debitor autem cognita testatoris voluntate his totum solverit, quibus nomen adscriptum est? Respondetur hoc loco, si a cæteris conveniatur, posse eum se tueri doli exceptione. Quo maxime confirmatur id ipsum, quod dixi, debitorem a cæteris quibus non solvit, summo iure non esse liberatum, sed his superesse adhuc veterem actionem, adversus quam hæc sit exceptio: quandoquidem non potest exceptio esse, nisi adversus actionem iure ipso constitutam, ut docuimus supra in definitione exceptionis. Et recte hic quoque hoc idem constituitur, & convenienter superioribus regulis iuris. Nam etsi testator voluerit hoc debitum uni ex heredibus solvi: tamen non eo minus ipsi testatori debetur totum, ut prius. Quod si debetur, ius facit, ut eo mortuo id pertineat ad singulos heredes pro portionibus hereditariis, quia heres succedit in omne ius defuncti. *L. heres in omne, D. de acq. her.* Nec quisquam putet, cum debitor voluntate testatoris uni ex heredibus totum solvit, ideo eum liberari, quia voluntate creditoris solvat: nam testator defunctus creditor esse desiit, & cœperunt creditores esse heredes, qui ei successerunt. Ita fit, ut quia debitor uni totum solverit, non ex voluntate aliorum coheredum, qui etiam creditores sunt: ipse ea solutione adversus cæteros ipso iure non liberetur. Sed quia est in potestate 2
creditoris vetare, ne quidam ex heredibus id debitum petant, hac voluntate defendetur debitor, si petant ii, quos testator vetuit petere. Intelligendum est autem, cum testator voluit uni ex heredibus totum debitum attribui, eadem opera voluisse, ne cæteri a debitore peterent. Dixerit aliquis eum, cui nomen legatum est, actiones utiles habere, atque ita creditorem esse. *d. L. ex legato, sup. de legat.* proinde & ei recte solvi. Quod & verum est: neque de eo nunc quæritur, an recte ei solvatur invitis cæteris: sed pecunia ei soluta quomodo debitor liberetur. Liberari eum fatemur: sed negamus id fieri ipso iure. Merito: nam & is, cui nomen legatum est, summo iure non est creditor. Observandum est enim eum actiones tantum utiles habere, dicta *L. ex legato, supr. de legat.* quo declaratur, eum non habere verbis legis, idest, summo iure: proinde nec solum creditorem esse, sed & cæteros quoque coheredes. Quæ res facit, ut si debitor his quoque non solvat, eodem isto summo iure non liberetur.

Digitized by Google

Ad L. Pro portione. 2.

COgnosce sententiam huius loci *ex L. supr. quibus res ind. non noc. L. sæpe, D. de re ind.* toto Titul. *supr. res inter alios ind. L.* 5. *& L.* 3. *D. de except. rei ind.*

Ad L. Adversus, 3.

Idem A. Vitali.

Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelæ iudicio si expertus non es, proposita actione consiste, nec timueris exceptionem pacti, si in ea fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita, bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit. 2

SUMMARIA.

1. *Replicationis exemplum, & quid sit replicatio.*
2. *Lectio corrupta emendatur.*

Replicatio bonæ fidei iudicium non facit. ibid.
3. *Replicatione fraudis commentum repelli, quid sit.*

SI paciscatur creditor, ne a debitore suo petat, habet debitor exceptionem pacti, qua creditorem petentem summovet. *§. præterea, Instit. eod. titul.* Sed hoc ita est, nisi pactum dolo malo debitoris factum sit: nam quæ pacta dolo malo facta sunt, ea edicto prætoris non servantur. *L. iurisgentium, §. prætor ait, D. de pact.*

1 Ut † autem hoc pactum, seu eius pacti exceptio creditori non noceat, consequitur id doli mali replicatione opposita, qua pacti exceptio eliditur, ut hic declaratur. Non enim pactum ipso iure tollitur. *L. si unus, §. pactus, D. de pact.* In proposito autem sic evenerit, ut pactum dolo malo debitoris factum sit: si proponas eum, qui olim tutor fuisset, affirmasse ei, cui tutelæ nomine obligatus erat, multo minus esse in bonis, quam erat: de reliquo, se tantum in id impendisse, quantum ex reliquatione debere potuit. Itaque facile impetrasse, ut pupillus creditor pacisceretur, ne amplius tutelæ nomine cum eo ageret. Sententia notanda est de replicatione. Quemadmodum si actio iniqua est, defenditur reus adversus actionem exceptione vel pacti, vel alia qualibet: ita si iniqua est exceptio, ut interdum accidit, veluti in specie hoc loco proposita, creditor adversus exceptionem alia exceptione contraria defenditur, quæ exceptio in persona creditoris dicitur replicatio. De quo genere est sub Titul. *Institut. de replicat.*

Est † autem lectio postremorum verborum in hoc rescripto animadvertenda, 2
Recepta ab omnibus lectio hæc est: *nam replicatio doli opposita bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit.* Hæc scriptura defendi non potest. Non enim ullo modo recipiendum est, ut dicatur replicatio doli opposita facere iudicium bonæ fidei. Si replicatio opponitur a creditore, qui ex stipulatu agit, id est, iudicio stricto, replicatio non faciet, ut iudicium, quod sua natura strictum est, efficiatur bonæ fidei. Quod si opponitur replicatio in iudicio bonæ fidei, ut in iudicio tutelæ, de quo hoc loco agitur, est quidem iudicium tutelæ bonæ fidei, *§. actiones autem, Instit. de act.* sed ideo bonæ fidei est, quia est de tutela, non autem quia replicatio in id iudicium deducitur. Nam & sine replicatione, aut exceptione ulla bonæ fidei iudicium esset. Et in summa, quia bonæ fidei iudicium est, idcirco dolus eo iudicio excluditur: non autem quia dolus in eo excluditur, ideo est bonæ fidei iudicium: excluderetur enim dolus replicatione & in strictis iudiciis. Si quis in re nota exemplum desideret, habet in *L. tres fratres, D. de pact.* ubi in actione furti, aut condictione furtiva exceptio pacti, quæ actioni opponebatur, replicatione doli eliditur. Locus igitur aperte corruptus est, sic autem emendandus, ut pro, *& repellit*, legamus *ut repellat*, hoc modo: *nam replicatio doli opposita bonæ fidei iudicium facit,*

facit, ut commentum fraudis repellat. 3 Ut † sit sensus: bonæ fidei iudicium, nempe tutelæ de quo hic agitur, facit, ut replicatio doli, quæ ab actore qui tutelæ agit, opposita est, commentum fraudis, quæ fraus in pacto fuit, repellat; idest, in hoc iudicio maxime exceptio pacti replicatione doli infirmabitur. Sed cur dicit Imperator id effici iudicio bonæ fidei, cum replicatio doli in iudicio stricto opposita idem efficeret? Nempe hoc sentit, præcipue & maxime bonæ fidei iudicium id facere. Nam iudicium bonæ fidei ubique bonam fidem exigit: nihil antem tam bonæ fidei contrarium est, quam dolus, *L. 3. in fi. D. pro soc.* proinde in hoc iudicio bona fides iudicii propria præcipue excludit fraudis commentum, idest, machinationem doli in pacto exprimendo adhibitam.

Ad L. Cum nondum. 4.

Imp. Alexander A. Iuliano & aliis.

Cum nondum finitam sententia caussam, sed dilatam allegetis: non est dubium omnes integras defensiones vobis esse. PP. Non. Oct. Maximo II. & Æliano Coss.

SI reus caussam agere diu distulerit, & defensiones suas probare, existimari potest, ob eam dilationem iuri suo diffidere, eoque defensionibus suis renuntiare: ut postea si velit, eas exequi non possit. Hic monemur non ita esse. Defensiones re iudicata excluduntur: cæterum re nondum iudicata reus quovis tempore his uti potest. *L. præscriptionem, inf. hoc tit.* idque quantumvis caussæ actionem distulerit, quæ pars hic traditur. Defensiones sunt exceptiones, quæ reis competunt, quoniam omnis exceptio defendendorum reorum caussa comparata est. *L. defensiones, L. siquidem, infr. hic. Inst. eo. in pr.*

Ad L. Licet. 5.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. & CC. Basilio.

Licet unde vi *interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate iuris manifestatur, S. Kal. Maiis, Trallis AA. Coss.*

S U M M A R I U M.

1. *Exceptionem peremptoriam esse perpetuam, etiamsi competat ex ea caussa, ex qua actio sit annalis; & quare.*

BAsilius quidam possessorem de fundo deiecerat, & eum fundum per vim occupatum possidebat. Adversus eam vim habuit vetus possessor interdictum *Unde vi* ad recuperandam possessionem, si eo uti vellet: sed habuit intra annum duntaxat. *L. 1. in pr. D. unde vi. L. 2. sup. unde vi*, intra quem cum forte interdicto usus non esset: nempe eo interdicto exciderat. Sed idem postea Basilio peregre profecto possessionem eius fundi clam Basilio occupavit. Reverso Basilio controversiam ei possessionis facit: sic tamen, ut eam inquireret, non ut eum deiiciat. Basilius adversus veterem possessorem experitur interdicto, *Uti possidetis*, retinendæ possessionis caussa: & recte: quanvis enim is vi possideat: vere tamen possidet, quia ad summam possessionis nihil interest, utrum iuste quis, an iniuste possideat, *L. 3. §. ex contrario, D. de acq. poss.* Sed vetus possessor hac exceptione utitur: non licet tibi hoc interdicto mecum experiri, neque debes in possessione me vincere, quia possides quidem, sed vi a me. Hac exceptione actor in interdicto, *Uti possidetis*, removetur. *L. 1. §. ult. D. uti poss. L. unica, supr. uti poss.* ubi exposuimus. Si vetus possessor hac exceptione uteretur intra annum, ex quo deie-

deiectus fuit, nulla esset dubitatio: sed Basilius cœpit experiri interdicto, *Uti possidetis*, forte post duos tresve annos, aut amplius: unde & vetus possessor exceptione de vi diu post annum utitur. Hic
1 ergo quæritur, † an hæc exceptio etiam post annum ei competat. Movet, quod ei post annum interdictum adversus vim non competit, ut dici possit, par esse nec competere exceptionem. Hic rescriptum est, diversam esse interdicti *Unde vi* & exceptionis *Unde vi* caussam. Interdictum non competere, nisi intra annum; exceptionem de vi esse perpetuam. Differentiæ ratio a Paulo exposita in *L. pure*, *§. ult. D. de doli mali except.* ad hanc sententiam: merito interdictum *Unde vi* anno finiri, quia nisi actor intra annum eo sit usus, ipsius culpa sit, cui non est succurrendum: potuit enim intra annum experiri, & noluit. At exceptionem de vi perpetuam esse oportere, quia hac uti non potest reus, nisi actor voluerit, idest, egerit, ut actio exceptione excluderetur: non est autem in potestate rei, quando actor experiatur: proinde nec in eius potestate, quando utatur ea exceptione: ut si ea usus non est, nihil fit, quod debeat ei imputari. Nihil est enim, ut idem alibi scribit, quod possit imputari ei, qui quid facere, etiam si vellet, non potuit. *L. cum quidam, §. si pupillo, D. de usur.*

Ad L. Si pactum. 6.

Iidem AA. & CC. Helenæ.

Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis præfinitione de dolo replicare potes. S. Kal. Sept. Viminacii. AA. Coss.

SUMMARIUM.

1. *Replicationem omnem ut exceptionem perpetuam esse, quamvis ex ea caussa, ex qua actio nata esset temporalis: & cur: quod & exemplo declaratur.*

Sententia est: si pactum creditoris intercessit, quo ille pactus est, ne a debitore peteret, & is adversus eius pacti exceptionem replicationem doli habuit, ea replicatione uti poterit sine præfinitione temporis, idest, perpetuo; idque in exceptione, idest, in quæstione de potestate exceptionis, seu in quæstione, in qua quæritur, an exceptio pacti illi nocere debeat, an non.

1 Quod † hanc significationem habet in summa: ut quemadmodum exceptio perpetua est, quanvis actio ex eadem caussa nata tempore finiatur, quod superiore rescripto traditur, ubi & rationem reddidimus: ita & adversus exceptionem replicatio sit perpetua, quanvis sit replicatio doli, cuius nomine actio prodita non nisi intra annum utilem, ut olim: ut hodie, intra biennium continuum competit. *L. ult. supr. de dol.* Quod & ipsum eandem rationem habet. Ut enim non est in potestate rei quando cum eo agatur, & actioni exceptionem opponat: sic non est in potestate creditoris, quando reus exceptione utatur, ut adversus eam creditor se defendat replicatione. Finge hoc modo: creditori debentur centum mutua, aut ex stipulatu. Cum is heres esset, & ignoraret, quantum revera deberetur: debitor persuasit ei tantum quinquaginta se debere: quibus solutis impetravit a creditore, eodemque herede veri creditoris, ut pacisceretur, se nihil amplius a debitore petiturum. Dicemus, si creditor errore suo comperto reliqua quinquaginta petat, quanvis post decem aut viginti annos id faciat, nihilominus recte petiturum: & si summoveatur pacti superioris exceptione, eum opposita doli replicatione exceptionem infirmaturum: nec illi obfuturum, quod post tam multos annos replicatione utatur, quia etsi actio de dolo temporalis sit; tamen exceptio doli sit perpetua. Quod si exceptio, etiam replicatio; quia replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones. *L. 2. D. eod.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Si ex maiore, 7.

CReditor deceptus, aut errore suo inductus si pacifcatur se a debitore suo nihil petiturum, quasi iam ab eo nihil deberetur, cum deberet: non prohibetur vetere actione experiri, quæ pacto non est remissa. Cui si obiicietur pacti exceptio, replicatione doli recte se tuebitur, & exceptionem elidet. *Instit. de repl.* Quam ad rem licet uti ea specie, quam in superiore rescripto modo retulimus.

Ad L. Præscriptionem, 8.

Iidem AA. & CC. Aurelio.

Præscriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, obiicere quandoque licet, S. XV. Kalend. Novembr. CC. Coss.

Ad L. Siquidem. 9.

Iidem AA. & CC. Mutiano.

Siquidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tum demum, cum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. S. III. Non. Nov. Burtadizi, CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Exceptionem non esse necessariam, ubi licet tuto intentionem actoris negare.*
2. *Exceptionem initio esse contestandam.*
3. *Licere reo & intentionem negare, & simul opponere exceptionem, si de intentione dubitet.*
4. *Exceptionem tunc solum esse probandam, cum actor intentionem suam probaverit, si quidem & eam negaverat reus.*
5. Auth. at qui semel, *ad exceptionem in iudicium deductum non pertinere.*
6. *Exceptionem sic contestandam esse initio, ut non contestatam non liceat reo postea opponere,*
7. L. peremptorius, C. sent. resc. non pos. *explicatur.*
8. *Dilatorias exceptiones ante litem contestatam opponi & decidi: & ad* L. pen. & ult. hoc tit.
9. L. exceptionem, C. de prob. *suæ integritati restituta, & explicata.*
10. *Exceptiones initio esse contestandas, dictum de strictis iudiciis; ad bonæ fidei iudicia non pertinere: & hoc, quid sit.*

DE exceptione constituimus initio, eam esse defensionem, quæ actioni opponi debeat. *L. 2. D. de excep.* In ea hæ sunt partes rei qui exceptione utitur; ut exceptionem, velut intentionem probet. *L. in exceptionibus, D. de prob.* Circa hanc oppositionem & probationem quatuor quæsita sunt, quæ his duobus rescriptis deciduntur. Primum quæritur, an semper consultum sit reo exceptione uti,
1 seu exceptionem opponere. Monemur † hic in *L. si quidem in pr.* non semper esse consultum; non enim necesse esse tunc, cum falsa est intentio actoris, & scit reus eam ab actore probari non posse: quo casu sufficit reo ad omnem defensionem negare; ut, si actor dicat, se decem mutua dedisse, quod probare non possit; sufficit reo negare se accepisse, idque, ut dixi, ad omnem defensionem rei est satis. Nam actore non probante reus absolvitur, etsi nihil ipse præstiterit, idest, etsi neque exceptionem allegarit, neque allegatam probaverit, *L. qui accusare, sup. de*

Digitized by Google

de eden. Quod si actor aut intentionem probare potest, aut dubitat reus, an possit: hic demum consultum est exceptione se tueri.

2 Secundo loco quæritur, † si exceptio opponenda est ad defensionem rei, quando opponi debeat. Et placet his rescriptis, initio esse opponendam, denique exceptionem contestandam esse, ut si initio exceptionis contestatio habita non sit, sed reus tantum negaverit se debere: non possit postea eandem exceptionem in iudicio opponere: quod quam verum sit, quia paulo obscurius est, quibus in iudiciis valeat, amplius postea seorsim dicemus.

3 Tertio † loco quæritur, quomodo exceptio opponenda sit: an ita, ut reus de intentione adversarii confessus exceptione utatur: an ut simul & negare possit intentionem adversarii, & exceptionem opponere. Et placet, eum alterutrum facere posse, prout sibi expedire existimabit. Id autem sic expediet, ut si sciet veram esse intentionem adversarii, ultro de ea confiteatur, & recta exceptione utatur: sin ignorabit, aut de eo ambiget, tum & neget intentionem, & ne forte vera postea probetur, exceptionem opponat: ut puta, si ei decem mutua data sint, de quibus actor probare possit, & ea ab eo petantur: recte ita dicet, fateor me decem mutuo a te accepisse, sed postea ita inter nos transactum est, ne amplius ita peteres. Quod si de intentione actoris dubitabit, hic recte faciet, si primo neget, pecuniam mutuo datam esse: deinde exceptionem subiiciat, ut dicat hoc modo: etsi decem mutuo dederis, tamen de ea re inter nos postea transactum est.

4 Postremo quæritur, † exceptionem oppositam quando reus probare debeat: an statim ab initio, quemadmodum ab initio exceptio opponenda est, an autem postea. De ha re distinguitur in *L. siquidem, hic*: ut si reus de intentione actoris confessus exceptionem pacti opposuit, de exceptione statim quæri & probari oporteat. Non enim debet reus probationem intentionis exigere, de qua ultro confitetur, Confessi in iure, in eo, quod confitentur, pro iudicatis habentur. *L. unica, supr. de confes.* Quod si reus negaverit primo intentionem, & præterea exceptionem obiecerit: hic probationis ordo est, ut actor prius intentionem suam probare debeat, nec ante reus debeat probare exceptionem, quam actor de intentione probarit: quo fit, ut interim exceptio opposita omitti possit, idest, differri: quæ interim ab initio omissa postea opponi ad disceptationem possit quandoque ante sententiam. Hoc in extremo *L. siquidem*, & ea pars est potissimum, quæ est expressa *L. præscriptionem, hic*. Huic † 5 parti opponitur *auth. at qui semel, sup. de prob.* ubi cautum est, si reus cognoverit intentionem, & in intentione probationem adversarii, eum amplius testes producere non posse, ne postea aliquid falsi in iudicio moliatur. Cui constitutioni consequens est, ut cognitis & publicatis testimoniis adversarii, non possit reus exceptione uti, quia exceptio sit ei inutilis, nisi in eam testes producat: quod illum facere constitutio prohibet. Sed animadvertendum est hæc in illa *auth.* recte dici de ea exceptione, quæ in iudicium deducta non sit. Quod si qua exceptio in iudicium deducta sit litis contestatione, hæc ad constitutionem Iustiniani non pertinet: non enim metuimus in ea periculum subornationis, cum iam ab initio iudicii reus testatus sit se hac exceptione uti velle.

Illud † in his præcipua animadversione 6 indiget, quod supra posui, exceptionem initio in lite contestanda opponendam esse, & ut his rescriptis dicitur, *exceptionis contestationem esse habendam*. Hoc enim eam vim habet, ut si exceptio contestata non sit a reo, qui prius inficiatus sit se debere, is eam postea in eo indicio opponere non possit. Atqui ea sententia vulgo veterum interpretum non agnoscitur. Quare ne de ea dubitetur, recte fecerimus, si eam paucis adstruamus. Probatur vero non obscure tribus his rescriptis, quæ subiicio. Primum *L. siquidem, hic*, ubi dicitur, *habita exceptionis contestatione*, deinde suo tempore monstrandum huic exceptioni locum esse. Hæc verba, *habita exceptionis contestatione*, hoc exprimunt, si exceptionis contestatio habita sit.

Verum est enim, quod vulgo dicitur, ablativos absolutos in conditionem resolvi. Ut, heres acceptis centum nummis hereditatem Titio restituas, perinde valet, ac si dictum esset, restituas, si centum nummos acceperis. *L. a testatore, D. de cond. & dem.* Probatur præterea *L. præscriptionem, hic. & L. emptor. 9. supr. de præscript. long. temp.* quorum locorum in utroque scriptum est, exceptionum peremptoriarum contestationem haberi sufficere. Hæc verba, *contestationem exceptionis haberi sufficit*, duo continent: primum exceptionis contestationem saltem haberi oportere: alterum, si exceptio contestata sit, nihil amplius requiri, idest, non

non requiri statim exceptionis probationem: nam hæc, ut declaratur in hac *L. præscriptionem*, & *L. siquidem*, contestata omitti potest, donec actor probaverit. Esse autem istam significationem superiorum verborum, argumento hæc sunt: In *L.* 1. §. *ult.* *D. de pec. const.* ita scriptum est: *debitum autem ad constituendam obligationem vel natura sufficit*. His verbis hoc declaratur, si quid debeatur etiam natura, id recte constitui: sed tamen saltem natura debitum esse oportere. Item in *L. nam sufficit*, *D. de dolo*, cum dicitur, *nam sufficit periurii pœna:* hoc dici intelligunt omnes, pœnam quidem periurii statutam esse adversus eum, qui periurio suo adversarium decepit: sed cum hæc pœna præstita erit, nihil amplius statui debere adversus eum, qui peieravit. Præter hæc confirmatur hæc sententia evidenti ratione iuris & veteris & novi. Ius vetus ita est, ut extra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non possit. *L. ut fundus*, *D. comm. dividun.* Nihil autem deducitur in iudicium, nisi quod litis contestatione deducitur. *L. unica*, *supr. de litis contestat.* Quare de nulla exceptione iudex cognoscere potest, nisi quæ litis contestatione in iudicium deducta fuerit. Unde & quædam iudicia stricta sunt appellata. §. *actionum autem*, *Instit. de act.* Ideo enim stricta, quia iudex adstrictus sit formulæ iudicii, idest, iis rebus, de quibus lis contestata est, & quæ per eam contestationem iudicio sunt subiectæ, ut viri eruditi omnes consentiunt: quod primus diligenter & erudite disseruit Franciscus Duarenus in commentario *de in litem iurando*. Sed & ius novum ex Novell. Iustiniani idem efficere videtur, nempe *authent. at qui semel*, *supr. de prob.* ubi ut supra dixi, Iustinianus vetat cognitis testimoniis actoris, ne reus testes producat in eam caussam, ne scilicet aliquid falsi moliatur. Perspicuum est huic suspicioni affinem tantum esse eum, qui cum ab initio negasset se debere, & postea convictus esset probatione actoris: tandem confugit ad falsam exceptionem, ad quam probandam facile testes subornare potuit: hanc autem suspicionem non cadere in eum, qui iam ab initio exceptione opposita, ea se uti velle ostenderit.

7 Sed † huic sententiæ opponitur *L. peremptorias*, *sup. sentent. rescin. non poss.* ubi diserte scriptum est, exceptiones peremptorias ab initio omissas postea quandoque ante sententiam opponi posse. Respondeo: Initio omissas exceptiones illic accipiendas esse, non quæ initio prætermissæ sint, idest, quarum nulla mentio facta sit a reo: sed quæ contestatæ, postea omissæ, idest, dilatæ sunt ad probationem & disceptationem. De quo ne dubitemus, id ita interpretantur, & *L. præscriptionem*, & *L. siquidem*, in quibus nunc versamur: præcipue *L. præscriptionem*, in qua cum dicitur, *exceptionem peremptoriam contestari debere*, & *nihilominus initio omitti posse:* plusquam manifestum est omitti eam dici, cuius probatio & disceptatio omittitur, idest, differtur. Differtur autem in id tempus, donec actor intentionem suam probaverit: quod posterius rursum diserte comprehensum est in *L. siquidem*. In locis autem ambiguis & obscuris interpretandis hæc lex nobis posita esse debet, ut unus locus per tres; obscuri per dilucide scriptos interpretationem accipere debeant: quod præpostere fit ab interpretibus, qui tres illos locos, & illas rationes, quas adduxi, evertere conantur uno loco, & eo ambigue scripto. Postremo eidem sententiæ opponitur exemplum dilatoriarum exceptionum.

Nam † hæc nominatim iubentur opponi 8
initio, ac prætermissæ negantur postea opponi posse in *L. pen.* *L. ult. hic.* Cur hoc de dilatoriis dicitur, si non est earum proprium? An non inepte, si æque ad omnes etiam peremptorias pertinet? Sane vero proprie de exceptionibus dilatoriis dictum esse concedo, quod utraque illa lege dicitur. Sed non eo minus verum est exceptiones peremptorias initio esse contestandas. Observandum est enim in superioribus legibus non dici, exceptiones dilatorias initio in lite contestanda esse opponendas, sed inter exordia, item initio litis: quod sic intelligendum est: cum lis esse cœpit in iudicio de re aliqua; veruntamen ante litem contestatam. Sic enim omnium exceptionum huius generis conditio est, ut ante litem contestatam opponi & decidi debeant, ut declaratur exemplis in his locis, *L. ita*, *sup. de procur.* *L. Pomponius*, §. *ult.* *D. de procur.* *L. sed etsi susceperit*, *in princ.* *D. de iud.* Unde & dilatoriæ dictæ, quod iudicium differant. §. *appellantur*, *Inst. eod.* Nihil horum nunc dicimus in exceptionibus peremptoriis: Hæ initio opponendæ sunt, sed in lite contestanda, ac per litis contestationem in iudicium deducendæ. Sed & deductæ, non statim decidendæ sunt, sed omitti possunt, neque necesse est probare ante, quam actor intentionem suam probaverit. *L. siquidem*, *hic*. Sed nihil agitur, dicat aliquis, his defen-

9 defenſionibus. His † enim omnibus obiicitur. *L. exceptionem, ſup. de probat.* ubi diſerte de exceptione non quavis, ſed nominatim dilatoria hoc exigitur, ut opponatur quidem ab initio: probari autem, poſtquam actor probaverit quod aſſeverat, oporteat. Vult ergo lex eam opponi in lite conteſtanda, & litis conteſtationem in iudicium deduci: cum eius probationem in iudicium ipſum, quo reus de intentione ſua probaverit, differat. Id quod, ſi huius exceptionis proprium eſt, fatendum eſt, diverſum ius eſſe in exceptione peremptoria: & in eo diverſum, ut poſſit quidem hæc exceptio initio in lite conteſtanda opponi, ut poſtea probetur, ſed non ſit neceſſe. Quod ſane ita ſe habet, ſi recte legitur is locus de exceptione dilatoria. Mihi autem certum eſt eum locum corruptum eſſe, & pro *exceptionem dilatoriam*, legendum, *exceptionem peremptoriam*, ut ſit eadem ſententia, quæ *L. præſcriptionem, hic*. Non poſſe autem ſuperiorem definitionem de exceptione dilatoria conſtare, ſic evidenter poteſt demonſtrari. Primum omnium interpretum conſenſu exceptiones omnes dilatoriæ, quæ ſunt aut ex perſona actoris, aut ex perſona iudicis, aut de iuriſdictione & foro competenti: hæ, inquam, omnes nemine refragante ante litis conteſtationem proponi & probari debent. dicta *L. Pomponius, §. ult. D. de proc. L. ſed etſi ſuſcepit, in princ. D. de iud.* Solum agnoſcunt omnes definitioni *L. exceptionem*, locum eſſe in exceptione dilatoria ſolutionis, cum creditor pactus eſt ſe in quinquennium non petiturum. Sed fruſtra: nam hæc quoque initio opponenda & decidenda eſt. Dicitur enim iudicium differre in *§. appellantur, Inſtit. eod.*

Quod ſi differt, non poteſt in eo iudicio probari tunc, cum actor intentionem ſuam probaverit: non enim differtur iudicium, quod ſuſceptum & conſtitutum eſt. Præterea ſi in ſtipulatione ab initio dies adiectus ſit, ut ſi promiſſus ſit fundus poſt tres annos, ſiquidem creditor fundum ante petat, debitor dicat diem ſtipulationi adiectum eſſe, actor autem probet non eſſe adiectum prolato inſtrumento ſtipulationis: apparet eodem tempore hanc exceptionem opponi, & de ea diſceptari. Quod ſi ab initio quid pure promiſſum ſit, deinde creditor pactus, ne ante diem certum peteret, ſi hanc exceptionem opponit reus confeſſus ante de intentione actoris, conſtat eum ſtatim exceptionem probare debere, dicta *L. ſiquidem*. Quamobrem cum nulla ſit exceptio dilatoria, quæ probari debeat tunc, cum actor intentionem ſuam probaverit: omnimodo falſum eſt, exceptionem dilatoriam illam ſententiam admittere. Poſtremo repugnat aperte definitio exceptionis dilatoriæ. Dilatoria dicitur, quæ iudicium differt; dicto *§. appellantur, Inſtit. eod.* Non differtur autem iudicium, ſi lis cum actore conteſtatur, & poſt eam conteſtationem actor intentionem ſuam probare cogitur.

Non eſt ergo dilatoria exceptio, quia oppoſita actor intentionem ſuam iſto modo ante probare cogitur. Quod ſi verum eſt, non dubitabimus affirmare, quod ſupra dixi, *L. exceptionem, ſupr. de prob.* de exceptione peremptoria ſcriptum eſſe: de ea illic eandem ſententiam comprehenſam, quæ in *L. præſcriptionem, hic*, ſed definitione aliis verbis paulo dilucidius explicante id, quod erat obſcurius in *L. præſcriptionem*. Hoc † iure conſtituto de 10
peremptoriis exceptionibus initio opponendis & conteſtandis: reliquum eſt, ut moneamus, quibus in iudiciis id locum habeat. Etſi igitur hæc reſcripta duo, & ſimilia ſuperiora generaliter ſcripta ſunt, & exceptionum peremptoriarum conteſtationem ſine ullo diſcrimine iudiciorum exigant: ſciendum tamen pro natura iudiciorum id ita accipi debere, niſi ſi pro natura iudicii non ſit neceſſe exceptionem initio conteſtari: quia alioqui ex ipſis verbis iudiciis ſatis intelligatur eam iudicii conſtitutioni ineſſe, ut accidit in iudiciis bonæ fidei. Et hoc eſt in ſumma: quod ſuperioribus reſcriptis exceptionis conteſtatio exigitur, in ſtrictis iudiciis tantum valet, in quibus poteſtas iudicis conſtitutioni iudicii, ideſt, litis conteſtationi adſtricta eſt; ad bonæ fidei iudicia non pertinet: de quibus ita a veteribus traditum eſt, exceptiones bonæ fidei iudiciis ineſſe, bonæ fidei iudiciis contineri. *L. 3. D. de reſcin. ven. L. huiuſmodi, §. qui ſervum, D. de legat. 1. L. ſed etſi, D. ſol. mat.* dum hoc intelligi volunt: quamvis initio, litis conteſtatione aperte in iudicium deductæ non ſint, non eo minus tacite iudicio contineri, ut convicto poſtea reo liceat ei quandoque eas iudicio opponere: idque ex iudiciorum natura, quæ cum in bonam fidem concepta ſint: his ipſis verbis admittunt omnem defenſionem, propter quam non ſit æquum reum condemnari. Quod totum ius quale eſſet, expoſui copioſius, ut in loco, *ad §. actiones autem, num. 27. & 32. Inſt. de act.* Inde peti velim, ſi quis hic amplius deſiderabit.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Non exceptionibus. 10.

Quid fit, quod hic traditur, reis exceptionem, actoribus replicationem tribui, qua illi defensionem, hi intentionem suam muniant, docemur *Inst. tit. de replic. L. 2. D. de exc.*

Ad L. Defensiones. 11.

Hunc locum interpretatur *L. exceptiones 7. D. eod.*

Ad L. pen. & ult.

Vide, quæ diximus ad *L. præscriptionem*, & *L. siquidem*, *seq. in fin. supra.*

AD TITULUM XXXVIII.

COD. DE CONTRAHENDA ET COMMITTENDA STIPULATIONE.

Locus de contrahenda stipulatione est is, in quo quæritur, quomodo contrahatur, seu quibus rebus constet, & perficiatur stipulatio. Locus de committenda stipulatione est is, in quo quæritur de vi & effectu stipulationis contractæ. Dicitur enim stipulatio tunc committi, cum in ea caussa esse incipit, ut ex ea agi possit §. *sub conditione, Inst. de ver. obl.* cuius verbi vim exposui ad *L.* 4. §. *Cato, D. de verb. obl.* Effectus autem stipulationis positus est in obligatione verborum, quæ inde nascitur, & in actione eius obligationis propria. In quo hæc insunt: quid hinc peti possit, quantum, quando, & ubi; quæ inde actio, cui hæc detur, & adversus quos, tum quatenus. De quibus omnibus scripsi accurate, ut quisque locus se dedit, in commentariis ad titulum *de verb. obl. D.* Inde sumere licebit, quæ ad utriusque partis, & huius tituli explicationem pertinent.

AD TITULUM XXXIX.

COD. DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

Qui norit, quas res desideret, ut perficiatur stipulatio, idem eadem opera, quæ sint utiles quæque inutiles stipulationes, noverit. Ea enim est utilis, quæ iure perfecta est, concurrentibus videlicet iis rebus, quæ ad vim stipulationis ius desiderat. In qua autem aliquid earum rerum deest, ea est inutilis. Et hunc locum rescriptorum huius tituli argumentum & sententiam tractavi diligenter suis quæque locis ad titulum *de verb. obl. D.*

AD TITULUM XL.

COD. DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

CAP. I.

Cur inventi duo rei stipulandi, & promittendi. Reus quis.

SUMMARIA.

1. *Duo reos tam stipulandi, quam promittendi ad cautionem creditorum esse inventos: & in quo sit hæc cautio.*

2. *Plures eiusdem rei stipulatores cur rei dicti: & quid hoc verbo contineatur.*

QUæstionem de duobus reis stipulandi & promittendi cum argumento communi de stipulatione, ac verborum obligationibus coniunctam, omissam tamen a me in Pandectis, visum est hoc loco, ubi se occasio dat, exsequi; sed plenius propter utilitatem & difficultatem: ut sit tractatio, quæ totam huius quæstionis, itemque utriusque tituli de duobus reis, tam qui in Pandectis est, quam qui hoc loco, explicationem complectatur. Quam ad rem cum methodo esset opus, tantum adhibui, quantum huic cognitioni con-
1 venire videbatur. Duos † reos stipulandi & promittendi peperit creditorum utilitas, id agentium, ut in eo quod debetur, tutius sibi cautum sit. Est enim in his constituendis ea cautio sita quam dicimus. Ea autem cautio est huiusmodi. Etenim sive stipulator, idemque verus creditor alium adhibet, qui idem stipuletur, hic ita fiunt eiusdem rei duo creditores, ut his constitutis multo facilius verus creditor ad suum perveniat, quia sive unus ex stipulatoribus absit, vel ei non liceat rem persequi, est alter, qui persequatur: sive unus est creditor tantum, & is uno promissore non contentus alium adiungendum curat, qui principaliter idem promittat: hoc modo id consequitur, ut pro uno habeat duos debitores, quorum ab uno si quid facile consequi non possit vel propter eius inopiam, vel propter potentiam, vel propter ingenium contentiosum amans, id ab altero possit obtinere. Qui plures eandem rem stipulantur, stipulandi rei; qui plures eandem rem principaliter promittunt, rei promittendi appellantur. *L.* 1. *D. hoc tit.* Nam † quod reos usitato more loquendi in- 2
telligimus tantum eos, qui debent, & cum quibus iudicio agitur, ut eum dicimus, favorabiliores esse reos, quam actores. *L. favorabiliores*, *D. de reg. iur.* item, æquum esse eum, qui acturus, est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere debeat. *L.* 1. *D. de eden.* usu obtinuit propter excellentiam: quia qui in crimen, aut aliud quodvis iudicium vocantur, eorum res præcipue in iudicio agitur: ut quibus solis immineat periculum condemnationis. Sed tamen & is, qui agit, non minus recte dicatur reus, si verbi originem & proprietatem spectemus. Dictus est enim reus a re, ut sit is, cuius de re agitur: sicque reos veteribus dictos omnes, quorum de re disceptatur, auctor est Cicero *lib.* 2. *de Orat.* Ex adiuncto discernitur significatio: ut cum dicimus reum stipulandi, aut promittendi. Neque enim aut illic promissorem, aut hic stipulatorem intelligere possumus.

CAP. II.

C A P. I I.

Cur de duobus reis ſtipulandi & promittendi agatur ſeorſim a reliquis ſtipulatoribus & promiſſoribus.

S U M M A R I U M.

1. *Partitio huius tractatus, & ſumma.*

IN his reis ſi ſequeremur regulam iuris de iis, qui quid ſtipulati ſunt, aut promiſerunt, non erat, cur ageretur de his ſeparatim. Nunc autem eſt in his aliquid proprium, quod a iure reliquorum ſtipulatorum & promiſſorum longe diſſidet. Eo quidnam id ſit, ſeparatim exquiritur. Et quidem ſecundum communes regulas iuris hoc ius in hac ſpecie futurum erat, ut cum duo ſtipulati eſſent, uterque etiam exigendi ius haberet, nec quod uni ſolutum eſſet, id noceret alteri, cum utrique deberetur. Vice verſa, & ſi quid duo promiſiſſent, ita uterque promiſſum exſolveret, quia non aliter liberatur quiſque, quam ſi debita pecunia ſoluta ſit, aut eo nomine ſatisfactum. *L. ſi rem, §. omnis, D. de pig. act.* Nunc autem una hic obligatio eſt, una res, quæ debeatur. Ex † 1
quo quid conſequatur, videndum eſt. Primum igitur, qui ſint duo rei tum ſtipulandi, tum promittendi, dicatur. Deinde quomodo conſtituantur. Tum quid ſit illud, quod horum proprium dicimus. Poſtremo an ut rei duo pluresve ſtipulandi, aut promittendi fieri poſſunt, ita poſſintne & ex aliis cauſſis plures conſtitui rei credendi, debendive.

C A P. III.

Duo rei ſtipulandi qui, & quomodo conſtituantur.

S U M M A R I A.

1. *Duo rei ſtipulandi, qui.*
2. *Duorum reorum ſtipulandi ita ius eſſe, ut rem eandem ſtipulentur, non diverſas.*
3. L. ſi id quod, D. de duob. reis *explicatur.*
4. *Ut ſtipulentur rem unam ab uno promiſſore, non a diverſis.*
5. *Ut ſtipulentur ſinguli rem in ſolidum, non eiuſdem rei partes.*
6. *Ut ſtipulentur ſinguli ſolidum ita, ut tamen res una tantum in obligatione verſetur, & unde id actum intelligatur.*

1 ET duo rei ſtipulandi † recte definiuntur hoc modo, qui eandem rem ab eodem in ſolidum ſtipulati ſunt ea mente, ut quanvis ſolida ſingulis, una tamen omnibus debeatur: ita extra ſtipulationem, quæ omnium ſtipulantium communis eſt, quatuor ſunt, quæ proprie duos reos ſtipulandi conſtituunt: ſi eandem rem ſtipulentur omnes, ſi ab eodem, ſi ſolidam ſinguli, ſi ita ſolidam, ut tamen una res verſetur in utriuſque obligatione. Hoc
2 † ergo primum in obligatione duorum reorum ſtipulandi, ut ambo rem eandem ſtipulati ſint, quo ſcilicet debeatur ſingulis una & eadem, *§. pen. Inſt. eod.* ut loquitur Papinianus, ut ab utroque par eiuſdem rei, non impar rerum diverſarum ſuſcepta ſit obligatio. *L. eandem, §. penult. D. eod.* Quocunque ergo modo res diverſæ a duobus in ſtipulationem deductæ erunt, ſive verbis aperte, ſive tacite & vi ipſa, etiamſi maxime convenerit, ut duo rei eſſent; tamen duo rei non erunt, quos convenit duos eiuſdem rei reos intelligi. Et de eo quidem nemo dubitat, quin duo rei ſtipulandi non ſint, ſi unus ſtipulatus ſit a Seio Stichum, alter ab eodem Seio Stichi æſtimationem, quanvis placuerit inter contrahentes, ut duo rei eſſent. Ipſa enim conceptio ſtipulationis diverſas res in obligationem deductas ſatis oſtendit. Sed plus dicimus: etſi proponas duos verbis ſtipulationis eandem rem ſtipulatos; ſi tamen quod ſtipulati ſunt, re ipſa in ſingulis perſonis proprium intelligetur, ut loquitur Caius, ideſt, tale erit, ut in ſingulis aliud, atque aliud intelligatur, duo rei non erunt. Hoc † Ca- 3
lus

Digitized by Google

ius in *L. si id, quod, D. eod.* Quod in his exemplis accidere docet, si stipulati sint duo ab eodem fundi Tusculani usumfructum, stipulati eadem conceptione decem dotis nomine: negat cum Iuliano in his duos reos stipulandi constitui posse, etsi verbis eiusdem rei ususfructus, & eadem summa continetur. Merito; Verbis enim hæc eadem sunt; re autem ipsa pro persona cuiusque reorum distinguuntur: ut in singulis alius atque alius ususfructus, alia atque alia dos efficiatur. Ususfructus enim in utrius persona constituetur, personæ illius proprius futurus est, ut nec ad alium possit transire, quin alius esse incipiat. Indicio est, quod cum vita eius durat, & morte eius, aut alienatione exstinguitur. *§. finitur, Instit. de usufr.* Quod si voluntate domini ad alium transferas, iam hic alius erit ususfructus, qui rursum cum persona eius aut duret, aut exstinguatur. Et quis nescit non eandem personam esse utriusque, sed alium alio citius mori posse, aut diutius vivere? Eadem ratio dotis: quæ cum constituatur pro matrimonio cuiusque, utpote quæ sine matrimonio nec dos sit, *L. 3. D. de iur. dot.* non potest, quin ut in utriusque stipulantis persona aliud, atque aliud matrimonium est; alius, atque alius maritus: ita etiam alia, atque alia dos in singulorum persona intelligatur. Sic & cum Titius & Seius decem, aut Stichum, qui Titii sit, stipulati sunt, negant iidem videri eos duos reos stipulandi: hac ratione, quod Titio decem tantum; Seio Stichus, aut decem debeantur, idest aliud, dicta *L. si id, D. hoc tit.* Ex quibus hoc eveniet, ut cum promissor in prima specie uni ex stipulatoribus usumfructum dederit: in secunda autem uni dederit decem dotis nomine; nihilominus alteri dare debeat: nec quod contigerit in unius persona, id alteri prosit, aut noceat. Quod ad tertiam speciem attinet, de ea ita scribit Caius in *d. L. si id*, ut fateatur Titium & Seium in Sticho qui Titii sit, reos stipulandi non esse; ut si is solvatur Seio, nihilominus Titio decem debeantur: sed putet reos esse in decem, idque eo pertinere, ut si promissor alterutri decem solverit, ab altero liberetur.

4 Volumus † præterea, ut duo rei stipulandi fiant, ita duos stipulari eandem rem, ut stipulentur ab eodem. *Inst. eod. in pr.* Si stipulentur a diversis, puta Primus a Seio Stichum; Secundus eundem Stichum, sed a Sempronio, duo rei stipulandi intelligi non possunt: sive quod singuli velint in solidum & coniunctim eandem rem sibi dari: in quo continentur res duæ, Stichus, & eius Stichi æstimatio: sive quod etsi actum sit, ut alterutro promissorum stipulatori suo solvente, alter quoque a suo liberetur: tamen personæ stipulatorum & promissorum diversæ diversas quoque & proprias obligationes inter stipulatores & promissores efficiunt. Nunc autem in duobus reis stipulandi unam obligationem esse oportet, *§. pen. Inst. eod.*

5 Sed & duo † rei stipulandi eandem rem a promissore ita stipulari debent, ut stipulentur singuli solidum, non eius rei partes, quo & singulis solidum debeatur: quod est proprium duorum reorum, *§. pen. Inst. eod. L. 2. D. eod.* Qua ratione placet, si duo coniunctim eandem rem, aut eandem summam stipulentur, duos reos stipulandi non esse, quia divisa pro numero personarum stipulatione videantur singuli partem virilem esse stipulati: nisi adiectum sit, ut duo rei stipulandi essent, ut hoc modo velint videri singuli solidum stipulati esse, *L. reos, §. 1. D. eod.*

6 Postremo, † ita volumus singulos stipulari ab eodem rem unam & in solidum, ut tamen debeatur una omnibus, quæ sola versetur in utriusque obligatione, *d. §. pen. Inst. eod* De quo si aperte convenit, quæstio sublata est. Ita enim fient duo rei stipulandi, ut nihil quæramus, utrum stipulantibus duobus eandem rem promissor simul ambobus responderit, ut proponitur exemplum *Instit. eod. in princ.* an vero singulis separatim interrogantibus separatim & ipse responderit. In re enim certa ineptum est voluntatis & facti coniecturas quærere, *L. continuus, §. cum ita, in fin. D. de verb. obligat.* Quod si de eo nihil dictum sit, intelligemus id tum agi videri: proinde & hac parte duos reos stipulandi fieri ita, ut describitur *Instit. eod. tit. in princ.* cum post omnium interrogationem promissor non separatim, sed semel stipulantibus respondet hoc modo: *utrique vestrum dare spondeo.* Nam si, inquit Iustinianus, prius Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia, atque alia erit obligatio, nempe ut in diversis & distinctis stipulationibus.

CAP. IV.

CAP. IV.

Duo rei promittendi qui, & quomodo fiant.

SUMMARIA.

1. *Duo rei promittendi, qui.*
2. *Duos reos promittendi non esse, sive unus aliam rem promittat, sive promittat eandem, sed aliquid in re aut minus, aut amplius.*
3. *Diversitatem obligationis, quæ in re promissa non sit, duorum reorum promittendi constitutioni non obstare.*
4. *Duorum reorum promittendi ius esse, ut uni stipulanti idem promittant, non singuli singulis.*
5. *Ut promittant singuli solidum, & quando id fecisse intelligantur, & num. 6.*
6. *Ut promittant ita, ut una res in obligatione versetur, & quando id agi videatur.*
7. *Duos separatim respondentes alias ita duos reos fieri, si statim respondeant; interdum etsi ex intervallo, & quando horum utramque, & quamobrem.*
8. L. 3. in prin. D. de duob. reis, *exposita.*
9. *Duos reos promittendi non aliter fieri, quam si ambo idem & in solidum promittentes, etiam promittant principaliter.*

1 DUO rei promittendi sunt, † quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum & principaliter promiserunt eadem mente, qua superiores: ut quanvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *d. L. 2. L. 3. §. ult. D. eod. §. pen. Inst. eod.* Itaque cætera in re promissa cum duobus reis stipulandi communia, ut eandem rem omnes uni promittant, ut solidum, ut ea mente, quo una res tantum versetur in utriusque obligatione. Illud amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter. Primum
2 † a singulis rem per omnia eandem promitti oportet, ut neque aliam unus promittat, neque ita eandem, ut promittat amplius. Quocunque modo impar in re obligatio a duobus suscepta erit, placet duos reos non esse: veluti, si duo Stichum promittant, sed nominatim caveatur ab uno, ut negligentiam quoque in ea re, aut casum præstet: quæ duo ab altero promissore iure non præstantur. *L. si servum, in pr. D. de verb. obl.* Hoc Papinianus in deposito ita confirmat in *L. eandem*, §. 1. D. eod. *Si quis*, inquit, *in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque præstetur* (quæ alioqui in deposito non præstatur sine conventione. *L. 1. §. si convenit, §. sæpe. D. depos.*) *verius est, non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio*. Sed hoc ita, si initio ita convenit, unde subiicit: *Non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quæ in alterius persona intercessit, statum & naturam obligationis, quæ duos initio reos fecit, mutare non potest.* Hæc ille, uno exemplo in aliis contractibus omnibus idem confirmans. Ex hac re est, quod si duo fabri eandem insulam fieri promittant: placet non aliter duos reos promittendi fieri, quam si fabri eiusdem peritiæ fuerint. *L. 5. D. eod.* Tum enim scilicet easdem operas promittere intelliguntur: alioqui diversas, cum inter artifices longa sit differentia, *L. inter, D. de sol.* Sed in re, inquam, promissa parem duorum reorum promittendi obligationem esse volumus. Quæ si erit: † aliis in rebus 3
diversitas obligationis duorum reorum constitutioni non obstabit; puta in vi obligationis, itemque in circumstantiis dandi. Et ideo quanvis a Titio & a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel a Titio, & a servo, ubi neque pupillus, neque servus obligantur, nisi naturaliter: placet tamen quasi duos reos constitui, *L. si ex duobus, §. ult. D. eod.* Similiter & ex duobus reis promittendi alium in diem, vel sub conditione, alium pure recte accipi placuit, *L. ex duobus, 7. D. eod. §. ult. Inst. eod.* Quippe cum dies venerit, eadem per omnia obligatio futura est. Quo recepto, etiam illud Papiniani consequens fuit: ut si, *cum duos reos promittendi facerem, ex diversis locis Capuæ pecuniam dari stipulatus sim, & duo rei sint*, & ex *persona cuiusque ratio proprii temporis habeatur:* hoc ille in *L. eandem, §. ult. eod.* Quod hanc significationem habet, ut non ante uterque Capuæ conveniri possit, aut arbitraria actione alibi, quam tantum temporis prætererit, intra quod ex eo loco, ex quo uterque se daturum promisit, Capuam pervenire posset. Id, ut dixi, superiori consequens est: quia loca tempo-

ris

Digitized by Google

ris dilationem adferunt, intra quod eo possit perveniri: ut ex remotioribus locis longiore die, ex minus remotis citeriore deberi intelligatur. *L. interdum, D. de verb. obligat. §. loca, Inst. de verb. obl.* Non idem probaremus, si duo non ex diversis locis, sed diversis locis se daturos promisissent, puta unus Capuae, alter Ephesi. Nam cum in utriusque obligationem veniat utilitas loci, *L. 2. D. de eo, quod cer. loc.* eaque ipsa non sit eadem: *L. 3. D. eod.* perspicuum est, diversis locis in utriusque persona ad dandum constitutis parem ab utroque non suscipi obligationem.

4 Uni † stipulanti duos promittere debere, ut duo rei promittendi fiant, jam effectum est: cum si ex duobus promissoribus singuli singulis stipulantibus promittant, pro numero stipulantium & promittentium, aliae, atque aliae stipulationes & obligationes fiant; in duobus autem reis promittendi versatur una tantum obligatio. *L. 3. §. ult. D. eod.*

5 Sed † & singuli promittendi rei ita eandem rem promittere debent, ut promittant singuli in solidum. *L. 2. L. 3. §. ult. D. eod.* Unde etsi duo de decem interrogati coniunctim respondeant: placet ideo duos reos non esse, quia pro numero personarum divisa obligatione videantur singuli non decem tota, sed partes viriles spopondisse, *d. L. reos, §. 1. D. eod. L. cui fundus; D. de cond. & dem. L. 1. supr. si plu. una sent. su. cond.*

6 Est † etiam similiter, ut in duobus reis stipulandi, hoc proprium duorum reorum promittendi, ut dum eandem rem in solidum singuli promittunt, id agatur, ut nihilominus rem unam omnes debeant, quo hac quoque parte dici possit in utraque obligatione rem unam versari. *§. penult. Inst. eod.* Quod & ipsum agi unde intelligatur, cognoscendum est. Quod apud Iustinianum sub eodem titolo explicatur, cum ex forma conceptionis verborum docet, quomodo duo rei promittendi fiant, ut & in duobus reis stipulandi prius fecerat. Indicat igitur, duos reos promittendi fieri hoc modo, cum separatim interrogati de eadem re tota danda, respondent singuli separatim, *spondeo*. Et quidem separatim interrogari oportet ob eam caussam, quam supra reddimus. Quod si stipulator coniunctim ita roget, centum dare spondetis? partes viriles a singulis stipulatus videtur, *d. L. reos, §. 1. D. eod.* Plane si aperte hoc agatur, ut fint duo rei promittendi, nihil nocebit & coniunctim interrogatos esse: cum, ut dixi, semper etiam in stipulationibus si quid obscuri est, id sequamur, quod actum est. *L. semper in stipulationibus, D. de regul. iur.* In quam sententiam accipi debet, quod dicitur in *L. 4 D. eod.* duos reos promittendi recte obligari, non tantum si separatim interrogati, *spondes?* respondissent? *spondemus*; sed etiam si ita interrogati, *spondetis?* respondeant singuli, *spondeo*. Recte, inquam, cum duos reos promittendi fieri volumus, & hoc quaeritur, an duos reos facere volentibus nihil noceat forma interrogandi superior. Caeterum simul interrogati, si nihil aliud proponitur de sententia contrahentium, de partibus singuli interrogati videntur: & interrogati dum simpliciter respondent, in eandem sententiam respondisse existimantur. *§. praeterea, Instit. de inutil. stipul.* Sed utrum separatim interrogati, spondeant & ipsi separatim, ut dicant singuli, *spondeo*, ut proponitur exemplum. *Inst. eod. tit. §. 1.* an vero coniunctim; ut dicant, *spondemus*, nihil interest. *L. 3. D. eod.* Merito: nam cum uni stipulanti duo spondent, quocunque modo id faciant, semper videntur in eandem conceptionem respondisse, dicto *§. praeterea*. Solidum autem a singulis stipulator stipulatus est. Quare simpliciter respondentes etiam singuli in solidum respondisse videntur. Non idem fit, cum duobus reis stipulandi separatim interrogantibos promissor separatim singulis respondet: ubi ante negavimus, duos reos stipulandi constitui. Hoc ideo, quod responsum simplex ex interrogantis persona aestimatur: quae res facit, ut cum duobus separatim stipulantibus promissor separatim respondet, pro singulorum stipulantium persona alia, atque alia stipulatio intelligatur.

Quanquam † autem illud praecipue constat, duos reos promittendi ita fieri, si separatim interrogati, respondeant etiam singuli separatim, *spondeo*: tamen adiiciendum est, hoc ita esse, dum respondeant ambo non ex intervallo; sed statim ita, ut inter utriusque responsum neque unus dies intercedat, neque in eodem die is actus, qui sit obligationi contrarios, ut praecipitur in *L. duos, 6. §. ult. L. si ex duobus 12. in pr. D. eod.* Non sane quia intervallum hoc quidquam ad reos ipsos inter se iungendos pertineat; sed quia cum uno statim respondente alter postero die, aut contrario actu interveniente respondet, intercedit hoc ipsum intervallum inter interrogationem stipulantis & illius promittentis responsionem: quod cum sit, stipulatio non valet, eoque 7

nec

nec posterior iste obligatur, *d. L. si ex duobus*.

8 Plane † sic ex intervallo duo rei accipi possunt, si ambobus primo interrogatis unus statim respondeat; posterior autem ex intervallo accipiatur: atque hoc ipsum agatur, ut posteriore accepto duo rei fiant: quæ verba sunt *L. 3. in pr. D. eod.* At quomodo, quæret aliquis, posterior ex intervallo respondens reus fieri potest, cum si inter interrogationem stipulantis & responsionem promittentis unus dies intercedat, non consistat stipulatio? *L. 1. §. 1. L. continuus, in princ. D. de verb. oblig.* Et fatendum est eum, qui ex intervallo respondeat, non obligari, eoque nec reum promittendi fieri posse, quantumvis convenerit initio, aut postea, ut reus fieret: hæc enim conventio ius mutare non potest, atque hoc efficere, ut ubi iure stipulatio nulla est, ibi aliqua verborum obligatio intelligatur fuisse. Sed neque hoc negatur superioribus verbis. Non enim dicitur, posteriore reo post priorem respondente duos reos ex conventione fieri posse, si posterior ex intervallo respondeat, sed si posterior ex intervallo accipiatur. Sic posterior ex intervallo accipitur, si iure & cum effectu accipitur. Accipitur autem illo modo, si ex intervallo post priorem reum respondens iterum interrogetur a stipulatore, an eandem rem det, de qua prius interrogatus erat, & statim interroganti respondeat. Sic enim intervallum illud inter utriusque rei responsionem intercedet, non inter interrogationem stipulantis & promittentis responsionem. Inter quæ multum interest. Nam posterius inutilem stipulationem facit: nec potest quisquam unus esse ex reis, qui ex stipulatione ne reus quidem est. Prius duorum reorum constitutionem non impedit: ubi constet utrumque recte eandem rem promisisse, & stipulatione esse obligatum atque id actum, ut quanvis diversis temporibus accepti sint, tamen duo rei essent. Nisi quis ex iure vetere hic novationem metueret, ubi posterior id promittit, quod prior debebat, quasi nova persona interveniens novationem faceret. Sed non debet ibi timeri novatio, inquit Ulpianus in *d. L. 3. eod.* ubi id agitur, ut posterior non pro novatore, sed pro altero promittendi reo accipiatur: in quo aperte id agi intelligitur, ne ulla novatio fiat.

Ut † concurrant superiora omnia, idest, 9 ut duo uni stipulanti promittant, & eandem rem, & in solidum, & unam: nondum tamen satis ad duorum reorum promittendi constitutionem. Addendum est, si modo & hanc ipsam eandem rem promittant principaliter, ut fiant principales debendi rei. Nam & reus principalis & fideiussor, duo sunt, qui eandem obligationem & eiusdem rei, idque in solidum in se suscipiunt. Suscipiunt in commune & duo fideiussores. *§. si plures, Inst. de fid.* Neque tamen aut illi, aut hi sunt duo promittendi rei, cum fideiussores a reis promittendi, & appellationibus & iure multum distent, ut postea dicetur pluribus, cum quæremus, an duo rei vice mutua pro fideiussoribus habendi sint. Id autem & verbo ipso, & natura huius obligationis satis admonemur. Nam reus in promissoribus dicitur is, qui principaliter quid promittit. *L. mora. 88. D. de verb. oblig. L. hi qui 34. L. cum his qui 36. & passim, D. de fid.* Unde intelligi debet & duos reos esse, qui principaliter simul quid promittunt. Sed & duorum reorum promittendi sic constitutio est, ut tanquam in principali duorum debitorum obligatione, ita de eorum obligatione iudicetur, *§. pen. Inst. eod. tit.* fideiussor autem omnis accessio est principalis obligationis, eamque sequitur, *§. si fideiussores, Instit. de fid.*

C A P. V.

Duorum reorum ſtipulandi ius quale, & quibus in rebus poſitum ſit.

S U M M A R I A.

1. *Reis ſtipulandi, ſingulis ſolidi petitionem eſſe.*
2. *Reis ſtipulandi ſingulis ius eſſe debitorem liberandi, ut debitor ab uno liberatus vel ipſo iure. vel per exceptionem quamlibet, ſimul ab altero quoque liberetur.*
3. *Unum ex duobus reis ſtipulandi in obligatione communi poſſe alterius correi conditionem facere deteriorem, debitorem liberando: neque id pugnare cum æquitate naturali, quæ alteri detrahi vetat.*
4. *Uno ex duobus reis promittendi exceptione liberato, non item liberari alterum, & differentiæ ratio.*
5. *Unius ex ſtipulandi reis petitione, ideſt, litis conteſtatione totam tolli obligationem, & hoc quam ſententiam & rationem habeat.*
6. *Unum ex duobus reis ſtipulandi ſociis ſolutum recte accipere ad debitoris plenam liberationem: alter autem debitorem liberando alteri ſocio non nocere: cur, & quam aliis locis convenienter.*

DUobus reis ſtipulandi promittendive conſtitutis, deinceps quid ſit horum proprium, propter quod nunc de his ſeparatim agitur, cognoſcamus. Et duorum reorum ſtipulandi meminerimus ſummum hoc ius eſſe, quod comprehenſum eſt in §. *pen. Inſtit. eod.* ut ſolidum debeatur ſingulis, ſic tamen, ut in utraque obligatione res una verſetur. Id ſingulis duas res tribuit, exigendi ſolidi poteſtatem, & pro-
1 miſſorem in ſolidum liberandi. Primum † ex hac cauſſa ſingulis ſolidi petitionem eſſe conſtat, *L. 2. D. eod. L. ſi rem*, §. 1. *D. de novat.* Nam cui quid debetur, ei etiam eo nomine actio eſt, ideſt, ius id quod debetur iudicio perſequendi, *Inſt. de act. in pr.* Singulis autem ſolidum deberi poſuimus. Sed † nec minus ex ea-
2 dem cauſſa ſingulis promiſſorem liberandi ius eſt, quibuſcunque modis creditor cui aliquid debetur, debitorem ſuum liberare poteſt. Nam & hic ſinguli creditores ſunt, & ſingulis ſolidum debetur. Ergo uni recte ſolvetur, ut promiſſor ab altero quoque liberetur ea obligatione. §. *pen. Inſt. eod.* Sed & citra ſolutionem quicunque modi ſunt, quibus actio iure tolli, aut per exceptionem remitti poteſt, ſi quo ex his unus promiſſorem liberaverit, non a ſe tantum liberabit, ſed a cæteris quoque omnibus etiam invitis, & totam tollet obligationem: puta, ſi accepto ferat promiſſori, quod debetur: ſi novandi animo alium reum ab eo accipiat. *L. 2. D. eod. L. ſi rem*, §. 1. *D. de novat.* atque adeo ſi paciſcatur tantum, ne a promiſſore petat. *L. ſi unus, in pr. D. de pact.* Qua ratione & ab uno ex duobus reis ſtipulandi delatum iuſiurandum etiam alteri nocere placet. *L. in duobus, in pr. D. de iur.* In quibus ſi exceptio pacti & iuriſiurandi adverſus unum ex reis ſtipulandi ſit promiſſori quæſita: eum adverſus alterum quoque ſtipulandi reum liberat, dum ei eadem nocet exceptio. Dubitandum non eſt, quin & rei iudicatæ exceptio promiſſori adverſus unum ex reis ſtipulandi quæſita, dum unus agens iudicio victus eſt, etiam promiſſori adverſus alterum reum proſit, eumque ſimiliter liberet. Quare & uno pecuniam offerente, ſi ſtipulator accipere ſine iuſta cauſſa recuſarit, eaque poſtea perierit, ut offerenti competit doli mali exceptio: *L. qui decem, D. de ſol.* ſic & alteri reo eadem exceptio dabitur. Quippe hæc omnia ita fierent, ſi unus eſſet tantum creditor, & una obligatio, *Inſt. quibus modis toll. obligat. in pr. L. pactum, D. de pact.* Nunc autem in duobus reis ſtipulandi ſic obligatio accipitur, quaſi in ſingulis obligatio eſſet una, cum in utriuſque obligatione una res verſetur. Idque eſt, quod Venuleius definit in dicta *L. ſi rem*, §. 1. *D. de novat.* unumquemque ex reis ſtipulandi perinde ſibi adquiſiſſe, ac ſi ſolus ſtipulatus eſſet: excepto eo, quod etiam facto eius cum quo commune ſtipulandi ius eſt, amittere debitorem poteſt. Ex quo
† apparet, unumquemque reorum ſtipu- 3
landi promiſſorem liberando poſſe alterius rei conditionem deteriorem facere & ignorantis & inviti. Neque tamen hoc pugnat cum regula iuris, quæ vetat alterius conditionem facere deteriorem, *L. ſalvendo, D. de neg. geſt.* Hæc enim ad eos pertinet, qui de alieno ſtatuendo recta id faciunt, quod aliis noceat, quod non licet. Hic de eo agitur, qui promiſſorem liberando de ſuo ſtatuit: quod cuique facere conceſſum eſt. Nocet deinde id aliis correis, ſed per conſequentiam:

quod

quod ideo hic non spectamus, ne per consequentiam & appendicem impediatur id, quod principaliter iure fieri potuit. arg. in *L.* 1. *D. de auct. tut.*

4 Non † idem servatur e converso, ut ex duobus reis uni exceptio quæsita, etiam prosit alteri promittendi reo, eumque liberet, ut postea dicetur. Hoc ideo, quod unus promissor sibi soli exceptionem recte acquirere potest: qua quæsita adversus omnes eiusdem pecuniæ stipulandi reos recte ut sua utitur. At non item qui sibi exceptionem quærere potuit, etiam potuit alteri, quanvis eiusdem pecuniæ reo: quia ius vetat quidquam quærere alteri.

5 His consequens est, † quod traditur in *L.* 2. *D. eod.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem, idest, tunc, cum unus iudicio egerit cum promissore, & litem cum eo fuerit contestatus; quomodo petitionis verbum accipitur *L. amplius*, *D. rem rat. hab.* quod aliis verbis sic explicatur in *L. si rem*, §. 1. *D.* de novat. *unum iudicio petentem totam rem in litem deducere:* sed apertius in *L. fideicommissa*, §. *plerumque D. de legat.* 3. cum dicitur, *unum ex pluribus reis stipulandi agendo occupare*, & *totam consequi.* Qui ergo hoc superioribus consequens? non quod reus stipulandi iudicio agendo promissorem statim liberet in totum, priusquam pecuniam acceperit: sed quod pro commodo suo liberet eum a priore obligatione. Iudicio enim cum promissore contrahit, *L.* 3. §. *idem scribit. D. de pecul.* In quo & novatio quædam fit, ubi vetus actio transfertur tota in actionem iudicati, quatenus petitori commodum est, *L. aliam*, *D. de novat.* de quo postea ad titulum *de novat.* Eademque opera tollitur cæteris vetus actio ex stipulatu: iudicati autem obligatio sic petitoris propria efficitur, ut promissor postea condemnatus hanc mutare non queat, si velit, nisi petitori solvendo. Hinc illud dictum est, ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit; alteri promissorem postea offerendo pecuniam, nihil agere. *L. ex duobus*, 16. *D. eod.* Quippe offert ei, cui post illam iudicii accepti novationem debere desiit invito petitore. Et hæc quidem sine exceptione ita tradita sunt in dicta *L.* 2. *D. eod.* & dicta *L. si rem*, §. 1. *D. de novat.* Et sane prioribus illis positis sunt
consequentia. Paulus † tamen in *L. si unus*, 6
in pr. D. de pact. hæc ita vera esse scribit, si rei stipulandi socii non sint: quod si sint socii, uni quidem solvi posse: unum autem aut novando, aut paciscendo alteri nocere non posse. Vere Paulus, & superioribus admodum convenienter. Quod enim diximus, unius rei stipulandi acceptilationem & factum alteri nocere ad liberationem, de iis dictum est, quorum uterque in solidum obligationis ius sibi quæsivit, & quorum utrique solidum debeatur, ut declaratur utroque illo loco superiore, idest, *L.* 2. *D. eod.* & *L. si rem*, §. 1. *de novation.* Hoc vero ita fit, si rei stipulandi socii non sint: qui si ex ea caussa stipulentur, aut promittant, in qua socii sunt: scriptum est in *L. in lege.* 62. *D. ad leg. Falc.* perinde inter eos dividi debere obligationem, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent, vel promisissent. In his igitur omnibus hoc ipsum temperamentum tenendum est.

C A P. VI.

Duorum reorum promittendi obligatio qualis, & quid contineat, & de solidi exactione, qua singuli in solidum tenentur.

S U M M A R I A.

1. *Ab uno ex duobus reis promittendi solidum peti posse, etsi reus sumptus sit, qui fideiussor esse poterat, & debuerat.*
2. *Idem, etsi sint rei promittendi socii.*
3. *Idem, etsi pecunia credita ad unum pervenerit.*

Duorum reorum promittendi hæc item summa obligatio est, quæ iisdem illis locis describitur, idest, *L.* 2. *D. eod.* & §. *pen. Inst. eod.* ut singuli solidum debeant; non latius tamen, quam ut ab his res una debeatur. Cuius iuris vis hæc est. Quod singuli solidum debent, facit, ut possit peti ab alterutro solidum; sic tamen, ut non sit ea res impedimento, quo minus partes a singulis peti possint: hoc enim totum pro commodo stipulatoris accipiendum est. *L.* 3. §. 1. *L. reos, in pr. D eod.* Quod autem ita in solidum obligati sunt singuli, ut una res tantum in obligatione versetur, id eam vim habet, ut uno ex reis promittendi liberato, una quo-

quoque cæteri, etiam eum quibus nihil actum est, liberentur. *L. 3. in fin. D. eod.* dicto §. *pen. Inst. eod.* non etiam ut unius factum alteri noceat, eique novam obligationem inducat, quam non constet inter eos intervenire. Ita fit, ut duorum reorum obligatio duas hasce res contineat in summa: in excipienda actione onus solidæ actionis, quod singulis imponitur: in solvenda autem obligatione communis liberationis beneficium, quod singulorum liberationi tribuitur. Quodvis autem factum unius ad aliam obligationem alteri inducendum horum obligationis conditio non admittit, de quibus capitibus tribus dicam
1 ordine. Iam † primum duo rei promittendi ita solidum debent, ut possit vel ab uno eorum solidum peti, idque eorum proprium est, nisi malit creditor actionem inter eos dividere, *d. L. 3. §. ult. L. reos, in pr. D. eod. d. §. pen. Inst. eod.* Nihil hic excipiunt veteres. Neque vera sunt ea, quæ de obligatione inter reos quandoque dividenda scribit Bartolus *in auth. hoc ita, hic, num. 68. & deinceps.* Ait dividi actionem inter duos reos, si eum acciperentur pro aliena obligatione, color sit quæsitus, & tanquam rei principales accepti sint. arg. *L. item si, §. 1. D. de Mac.* Sed nec colorem esse diximus, eum creditor vult sibi ita caveri, ut qui accipiuntur, rei principales promittendi fiant. Tunc color est, cum ius vetat fideiussorem accipi, ut teneatur; & ne videatur fideiussor, tanquam reus principalis accipitur, ut est species *d. L. item si, §. 1. de Mac.* Ubi autem non prohibetur quis reum accipere, quem fideiussorem accipere poterat: si ut reum acceperit, conditio duorum reorum ex con-
2 ventione servanda est. Quid, † si duo rei sint socii? Idem ait & pro parte eos conveniri debere, quia dicatur in lege Falcidia inter eos dividi obligatio. *L. in lege 62. D. ad leg. Falcid.* Sed & hoc conditioni duorum reorum & conventioni adversatur. Ideo enim duo rei accepti sunt, ut stipulanti solidum deberent, eamque conditionem accepit stipulatio. Hanc invito stipulatore rei mutare non possunt. *L. vero, D. de sol. L. Herennius, D. de evict.* Non obstat, quod dicitur in *d. L. 62. ad leg. Fal.* inter duos reos socios circa legem Falcidiam perinde dividi obligationem, quasi singuli partem pecuniæ stipulati essent, vel promisissent. Hoc enim recte dicitur circa legem Falcidiam, cum quæritur, quantum singuli in bonis habeant, ut fit in quantitate patrimonii inquirenda ex lege Falcidia. Sed hoc creditori nocere non debet, nec debitorum pactio creditoris ius mutat, *L. debitorum, sup. de pact. L. 3. in pr. D. de transact.*
Quid † plura? Adeo verum est, singulos posse in solidum conveniri, ut quanvis pecunia eredita ad unum ex reis pervenerit; tamen nihilominus alter recte in solidum conveniatur, quia hæc in duobus reis accipiendis obligationis lex & conventio est, *L. propter, hoc tit. L. si non, sup. si certum petatur.* Sed hic obiicitur exemplum duorum fideiussorum, inter quos dividi obligationem constat. Ne quis autem exemplum repudiet, duo rei dicuntur vice mutua pro fideiussoribus accipi. *L. reos, in pr. D. eod.* Sed cum hæc obiectio ad alias quoque partes huius obligationis pertineat, de ea dicam in commune ad extremum. Illud in hac parte monendi sumus, quæ de solidi exactione adversus singulos ex duobus reis promittendi dicta sunt, ex iure vetere dicta esse. Ius immutatum constitutione Novella Iustiniani, de quo dicam ad *auth. hoc ita, infr.* 3

C A P. VII.

Quibus modis uno ex reis promittendi liberato liberetur alter.

S U M M A R I A.

1. *Uno ex reis promittendi liberato, quocunque modo accidat, ne in eius persona iussu & perfectu sit rei liberatio, nec alterum liberari; & quibus modis id accidat.*
2. *Uno ex reis promittendi non ipso iure, sed per exceptionem liberato, non ideo alterum liberari: & cur.*
3. *Exceptæ tres caussæ, & quæ.*
4. *Uni ex reis promittendi exceptione pacti parta, alterum non liberari: exceptione iurisiurandi uni quæsita, contra esse: differentiæ ratio.*
5. *Unius ex reis promittendi moram alteri non nocere, idest, non efficere, quominus re postea perempta & teneatur, qui moram fecit, & liberetur, qui non fecit; proinde nec huius liberatione liberari eum, qui moram fecit.*

De liberatione unius, quid cæteris adferat, videamus. Quod pluribus verbis indiget. Non enim usquequaque verum est, uno ex reis liberato alterum quo-

quoque liberari. Habet id has cautiones. Nam & ad veram ac iustam liberationem tantum pertinet, & in vera etiam liberatione interdum locum non habet. Sunt etiam quædam caussæ, de quibus dubites, an pro iusta liberatione habendæ sint, de quibus ordine dicendum est.

1 Principio † igitur non quævis liberatio rei promittendi alterum quoque liberat, sed tantum vera & iusta liberatio. Ea est autem, qua tollitur ipsa obligatio, & tollitur ipso iure, non per exceptionem, nisi ex caussa. Ante omnia obligationem iure solvi, seu reum obligatione sublata liberari volumus, *L. 2. L. 3. in fin. D. hoc tit.* Ita quocunque modo fiet, ne fit iusta liberatio, & solutio obligationis, quodcunque id factum erit, nunquam id alteri reo proderit ad liberationem. Tribus autem modis accidit, ne sit vera liberatio. Uno, si liberatio ipsa, puta acceptilatio, iure non constitit in persona eius, quem creditor acceptilatione liberare voluit; finge maritum, cum duos reos haberet Titium & mulierem, mulieri accepto tulisse, donationis caussa. Ipsam quidem mulierem non esse liberatam constat, quia donatio & quidquid fit donationis caussa, inter virum & uxorem inhibetur. Quid Titius, in cuius persona consistere donatio potuit, an non liberabitur? Placet neutrum liberari, quia acceptilatio in persona mulieris non valuit: est autem absurdum eam quæ in huius persona non valuit, ab ea ad alium transire, *L. 5. §. 1. D. de don. int. vir. & uxo.* Altero modo fit, ne fit vera liberatio quæ prosit alteri reo, si iure quidem ipso ab initio constitit, sed postea rescissa est, & restituta actio creditori. Quod accidit, cum mulier pro uno reo ita intercessit, ut eum novatione liberaret. Nam Senatusconsulto Velleiano ita iuvatur mulier exceptione, ut simul restituatur actio creditori adversus eundem reum, atque hoc modo eventu desinat esse liberatio, quæ esse videbatur. Quamobrem tanquam in ea liberatione, quæ vere non est, placet nec liberari alterum reum, sed adversus utrumque pariter restitui actionem, *L. si pro uno, D. ad Velleian.* Tertio modo idem fit, cum unus ex reis desinit quidem vere teneri; sed ita, ut persona solum obligatione eximatur, manente nihilominus obligatione: quod cum fit, sola persona eximetur: obligatio, quæ manet, alterum reum tenebit, *L. ult. D. eod.* Sic autem rem, sive obligationem solvi intelligimus, si manente persona, quæ possit debere, desinat reus quovis modo iure teneri. Personam autem eximi manente obligatione, cum reus ideo debere desinit, quia iam non sit, qui debeat. Quod contingit duobus modis. Uno, cum bona reo damnatione, puta deportatione, adimuntur, *d. L. ult. D. eod.* Altero, cum stipulator uni ex duobus reis stipulandi heres exstitit, *L. Gravius, 71. D. de fid.*

Non est satis, † aliquem vere esse liberatum. Etiam obligationem in unius persona ipso iure tolli volumus, quo liberetur alter, non autem solum per exceptionem. Ex hoc iure placet, si creditor cum uno ex reis promittendi, qui socii non sint, pactus sit, ne petatur: pactum, quod paciscenti prodest ad totius rei exceptionem, quauvis in rem conceptum sit, tamen alteri reo non prodesse. Hoc ideo: quia alteri exceptionem dari nihil interest eius, qui pactus est, *L. & heredi, §. ult. L. fideiussoris, §. 1. L. idem, D. de pact.* Sic autem regula iuris est, per liberam personam quæ iuri nostro subiecta non sit, excepta possessione nobis nihil acquiri posse, *L. 1. supr. per quas person. nob. acquir. §. ex his, Instit. eod.* In eadem caussa est rei iudicatæ exceptio. Finge ex pluribus eiusdem pecuniæ promittendi reis unum iudicio electum. Diserte scriptum est in *L. amissi, §. ult. D. de fid.* absolutione quoque huius secuta, eoque & quæsita ei exceptione rei iudicatæ, cæteros non liberari: quod tamen negat Bartolus ad *auth. hoc ita, num. 43. hic,* & probat scilicet ex *d. L. amissi, §. ult.* quo loco maxime refellitur. Sed tamen † 3
& hæc ita sunt, nisi iusta caussa sit, quæ suadeat etiam alteri reo exceptionem dari. Iustæ caussæ tres. Una, si rei promittendi sint socii. In his pactum cum uno factum placet alteri proficere, *L. eandem, §. penult. D. hoc tit. L. sed si 24. & L. idem seq. D. de pact.* nempe commutata superiore ratione: quia scilicet tam paciscentis interest, ab altero non peti propter societatem, qua fit, ut dum a socio meo petitur, ego inquieter, ut est in *L. 3. §. nunc de effectu, D. de lib. leg.* Ita fit etiam hoc modo, ut qui verbis pactus est alteri, re ipsa videatur eodem modo pactus sibi, quod per regulam iuris facere concessum est. Altera caussa est in iis, qui socii non sunt, si unus pactus sit nominatim, ne a se, neve ab altero reo petatur. Tum enim placet hoc pactum hactenus alteri prodesse, ut si ei pacti exceptio non datur, quod regula iuris prohibet, saltem prosit ei doli exceptio. *d. L. idem, in fin.* iuncta *L. videlicet, seq. de pact.* Tertia est in his etiam ipsis reis non sociis,

ciis, si caussa, ex qua exceptio nascitur, eiusmodi sit, quæ habeatur pro solutione. Hoc, inquam, cum fit, uno ex reis promittendi per exceptionem tantum liberato, eadem exceptio alteri dabitur.

4 Talis † caussa est iusiurandum, quo reus iuravit se non debere. Id inter alios effectus etiam hunc habet, ut pro solutione cedat, *L. iusiurandum etiam*, 27. *D. de iur.* Qua ratione etiam placuit, quamvis a fideiussore exactum iusiurandum proficere etiam reo: multoque magis ex duobus reis promittendi si alter iuravit, alteri quoque prodesse debere, *L. in duobus*, §. 1. & §. *ex duobus*, *D. de iur.* Eamque rationem non dubium est a veteribus redditam esse, ut intelligeretur, cur non idem placeat in pacto cum uno ex reis interposito. Non enim ut iusiurandum, ita & pactum solutionis loco est. Quippe in pacto nihil præstat creditori debitor, sed ab eo accipit. In iureiurando autem ut creditor paciscitur, ne post iusiurandum petat, ita & pro eo debitor præstat iusiurandum, atque ex præstatione tanquam aliud pro alio solvendo satisfacit creditori. Satisfactio pro solutione est, *L. satisfactio*, *D. de solut.* Comparatur quidem pactum solutioni *L. si unus*, §. *si cum decem*, verf. *sed si stipulatus*, *D. de pact.* Sed tunc, cum unus est promissor: quod recte fit. Nam de exceptione soli ei acquirenda agitur. Porro soli ei iure acquiri posse constat. Cui autem semel exceptio competit, huic non magis nocet actio, quam si sublata esset ipso iure, *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* Non idem dici potest, cum duo sunt promittendi rei, quorum unus paciscitur, ne petatur. Hic enim laboratur de exceptione alteri acquirenda. Hanc autem illi per alterum, cuius nihil interest, acquiri ius non concedit.

5 Interdum † etsi vera sit & iusta liberatio, qua liberetur debitor etiam ipso iure: tamen eiusmodi est, qua uno reo promittendi liberato nihilominus alter teneatur. Id in una hac specie receptum est: cum species debita, puta Stichus promissus, neutro ex reis caussam interitus præbente, post unius tantum moram periit. Nam qui moram non fecit, hunc ius certum liberat, quo efficitur, debitorem re debita perempta, quod quidem sine eius culpa factum sit liberari, *L. si ex legati*, *D. de verb. obl.* Moratorem autem alia constitutio in obligatione retinet, qua placet culpam perpetuare ei obligationem, *L. si servum*, §. *sequitur*, *eod. tit.* Et hoc est, quod dicitur, si duo rei promittendi sint, alterius moram alteri non nocere *L. mora*, §. *ult.* *D. de usur.* Ideo enim non nocet: quia qui moram fecit tenetur; neque tamen tenetur alter si extra culpam est, sed iure ipso liberatur. Ex quo rursum vice versa intelligitur huius liberatione illum alterum non liberari. Sed hoc propria ratione efficitur. Nam qui liberatur in hac specie, ideo id consequitur: quia vere res periit, nec ulla caussa est, cur adversus eum res adhuc exstare existimetur. Contraria de caussa necesse est, non liberari alterum, quia etsi vere res periit, tamen culpa eius quæ impunita esse non debet, facit, ut videatur res adhuc exstare, *L. nemo*, 82. §. 1. *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. obl.* Et est æquissimum: ne aut illius factum alteri noceat, aut cuiquam prosit frustratio sua: utrumque adversus certas regulas iuris, & naturæ æquitatem, *L. factum cuique*, *L. in condemnatione*, §. *penult.* *D. de reg. iur.* *L. hominem*, *D. mand.* Et tamen ne hoc quidem ius in quavis culpa unius ex reis promittendi receptum est, sed tantum in mora. Uno, inquam, moram faciente, huius mora non facit, quominus iuxta regulam communem iuris, quæ est de interitu rei debitæ, liberetur alter: neque etiam huius liberatio alterum qui deliquit, liberat. At de facto unius contraria definitio est in *L. penult.* *D. eod.* in hæc verba: *ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis*, *alterius factum alteri quoque nocet*. Sed de eo mox plura, cum dicam in commune, ubi unius factum nocere possit, aut non nocere.

CAP. VIII.

CAP. VIII.

Nec compensationem ab uno ex reis promittendi ex alterius persona opponi posse, nec lite cum uno contestata, ea petitione alterum liberari.

SUMMARIA.

1. *Unum ex promittendi reis compensationem eius, quod alteri reo debetur, obiicere non posse, & cur.*
2. *Si cum uno ex duobus reis iudicio actum sit, ea petitione alterum non liberari, nec novo, nec vetere iure.*
3. *Uno ex reis stipulandi agente, cur ea petitio pro novatione cedat, ut debitor ab altero liberaretur; uno autem ex duobus reis promittendi convento, non fiat ea petitione novatio, qua alter liberatur.*

Atque ut in his liberationibus locum non habet beneficium liberationis, quod ab uno ex reis promittendi ad alterum transferri volumus; ita, ut proposui, dubitatur de quibusdam caussis, an in unius persona pro liberatione haberi debeant, ut sic prosint alteri ad liberationem. Ambigitur autem de duabus: de facultate obiiciendæ compensationis ex alterius persona, & de petitione solidi, qua unus ex reis conventus fuit.

1 De iure † obiiciendæ compensationis hæc dubitatio fuit, an si stipulator uni ex reis promittendi pecuniam debeat, quo nomine is reus compensatione adversus stipulatorem uti potuit: possitne etiam alter conventus ex illius persona compensationem obiicere; atque hoc modo contendere se liberatum. Movet, quod compensatio pro solutione habetur, & quidem ipso iure, *L.* 4. *sup. de comp.* Quod si unus ex reis liberatus esset solutione, nemo dubitaret, quin tota soluta esset obligatio, *§. pen. Inst. h. tit. L.* 2. *D. eod.* Et de eo ita scriptum est in *L. si duo,* 10. *D. eod.* si duo rei promittendi socii non sint, ei, cui nihil debetur, non prodesse, quod stipulator alteri reo pecuniam debeat: quod nihil aliud est, quam eum, cui nihil debetur, compensationem ex persona alterius, cui debetur, obiicere non posse, quanvis ille conventus obiicere potuisset. Ita etiam hoc dicitur ius obiiciendæ compensationis, quod unus ex reis ex persona sua habuit, si cum eo non agatur, pro solutione & liberatione habendum non esse. Et recte: non enim ius compensandi pro solutione est, sed ipsa compensatio, ut est in *d. L.* 4. *sup. de comp.* Tunc autem compensatio est, cum is debitor, cui vicissim pecunia debetur, conventus compensationem obiicit, seu declarat se paratum compensare; aut cum posset compensatio ab eo convento obiici, per errorem est omissa, *L.* 2. *L. si ambo, §.* 1. *D. de comp. L. ult. C. eo.* Faciamus ergo, cum eo cui pecunia debetur, nondum actum esse, ut nec compensatione uti posset, si vellet; consequens erit nullam esse compensationem. Non potest autem compensatio alteri prodesse, quæ in eius persona, unde incipere debuit, nulla est. Sed meminerimus de duobus reis, qui socii non sint, hoc dictum esse *d. L. si duo,* 10. *D. eo.* Quod si socii erunt, quæ pecunia uni debetur, perinde est, quasi deberetur alteri, cum quo iure societatis communicari debet: quo fit, ut & alter conveniatur, eadem compensatione pro eo, quod ipsi debetur, uti possit.

De † petitione, qua conventus est iudicio unus ex reis promittendi a stipulatore, vetus dubitatio est, an ea petitione liberetur alter ex reis ita, ut cum eo amplius agi non possit. Et fuisse quorundam veterum sententiam, quasi inter duos reos promittendi esset hoc genus liberationis, significatur non obscure in *L. decem,* 116. illic, *non enim sunt duo rei,* D. de verb. obl. Indicat & constitutio Iustiniani *L. ult. inf. de fid.* qua in duobus reis promittendi nominatim cavet, ne uno ex reis convento, & lite cum eo contestata, ea re noceatur creditori, quominus adversus cæteros actiones integræ sint. Quæ constitutio fuit supervacua, nisi aut antea obtineret, aut certe ius esset controversum. Etsi autem ea constitutione quæstio sublata sit; tamen quis quædam etiam nunc obiici possunt, operæ pretium est, eandem sententiam hoc loco certius confirmare. Hæc autem fere sunt, quæ solent obiici. Nam si unus ex duobus reis stipulandi cum promissore egerit, diximus ea petitione novationem fieri, qua actio trans- 2

transferatur in actorem solum, promissor autem ab altero reo stipulandi liberetur. Quidni ergo in duobus reis promittendi idem probemus, ut si stipulator cum uno egerit, eadem petitione fiat novatio, qua interveniente etiam alter ex reis liberetur? Extat praeterea definitio de duobus reis tum stipulandi, tum promittendi concepta in *L. 2. D. eod. tit.* qua ita definitur, ipso iure & singulis solidum deberi, & singulos debere. Ideoque petitione acceptilationeque unius totam solvi obligationem. Sed de hac re etiam ex vetere iure sic habendum est: etsi forte hoc iure quibusdam visum est, uno ex reis promittendi convento, alterum ea electione liberari; tamen contrarium obtinuisse plurium sententiis. Testata est enim haec sententia pluribus responsis diserte scriptis, adversus unumquemque ex duobus reis debendi agi posse, nec liberari alterum, si cum altero agatur. *L. 1. §. si apud, D. dep. L. si ut certo, §. ult. D. com. L. 8. §. 1. D. de leg. 1. L. creditor, 60, D. mand.* Et cur ea petitione liberetur alter, cum ne ipse quidem, cum quo actum est, hac ipsa petitione liberetur? Non enim, aiunt veteres, petitione, sed solutione & perceptione debitor liberatur, *d. L. 1. §. si apud, depos. L. 4. D. de his, qui deiec. vel effud.* Nisi quis dicat, quod creditor unum elegerit, quicum iudicio ageret, hoc factum illi nocere debere, quod longe secus est. Nemo enim agendo & litem contestando deteriorem conditionem suam facit, sed meliorem, *L. non solet, L. nemo enim, D. de reg. iur.* Et certe esset absurdum, diligentiam suam cuiquam fraudi esse: praesertim cum ius vigilantibus scriptum sit, ut Scaevola scripsit. *L. penult. in fin. D. quae in fraud. cred.* Quamobrem & haec sententia merito Iustiniani constitutione confirmata est *d. L. ult. infr. de fid.*
3 Neque † vero movere nos debet, quod uno ex reis stipulandi agente, hanc petitionem pro novatione cedere placet, ut novata priore actione & translata in novam iudicati, promissor ab altero ex reis stipulandi liberetur. Hactenus enim haec petitio pro novatione est, quatenus hanc fieri petitori expedit, alioqui contra, *L. aliam, D. de novat.* de quo plura infra ad tit. *de novat.* At tunc expedit ita fieri, cum ex pluribus reis stipulandi unus agit cum promissore. Sic enim fit, ut reo adversus alterum ex stipulandi reis novatione liberato, solida actio efficiatur propria eius, qui egit, ut iam neque alteri solvi possit, neque alter exigere, ut promissor liberetur: quae plane mens est & consilium eius, qui primus egit, unde novatio. Contraria plane utilitas & mens actoris contrariam sententiam inducit, cum unus est stipulator, duo rei promittendi, & adversus unum agitur. Faciamus enim cum uno agendo alterum liberari. Manifestum statuimus incommodum actoris, qui cum prius duos haberet eiusdem rei debitores in solidum, agendo incipit unum tantum habere. Et vero agendo haec mens eius nequaquam fuit, ut vel eum, cum quo agit, vel alium quempiam eo facto liberaret. Nam qui sibi consultum voluit ea petitione, obesse certe sibi eam petitionem noluit. Neque porro secus, quam agenti expedit, & ab illo actum est, litis contestatio unquam prioris obligationis novationem, aut liberationem induxerit. Nam nec extra iudicium novatio unquam admissa est, nisi cum probaretur id actum esse, ut nova obligatione inducta, prioris novatio fieret, *L. 4. §. si ex conventione, D. de re iud.*

De definitione *L. 2. D. hoc tit.* post constitutionem Iustiniani laborare admodum non oportet. Etsi enim in illa oratione; *petitione acceptilationeque unius tota solvitur obligatio*, concederemus haec verba, *petitione unius*, etiam referri ad petitionem, qua unus ex reis promittendi convenitur: tamen sic acceptus locus nihil oberit superiori sententiae: quia in promptu erit dicere Iustiniani constitutione emendari *d. L. ult. inf. de fideiuss.* Sed ne necesse sit ad hanc responsionem confugere, recte defendemus petitionis verbum in ea definitione active tantum accipi posse, non passive: ut intelligamus scilicet totam solvi obligationem unius petitione, non qua cum uno ex pluribus agatur, sed qua agat unus ex pluribus. Id quidem proprietas sermonis solum admittit. Petitio enim eius solius esse intelligitur, qui petit. Quod si eius est, cum quo agitur, non eius, sed ab eo petitionem esse dicere solemus, *L. viae, D. de servit.* Cum autem ad significationem verbi etiam auctoritas & certitudo sententiae, quae inde efficitur, accedat: non est, quod eam sententiam in illis verbis accipere dubitemus: quae etiam in ambigua voce legis, cum vitio careat, ultro esset amplectenda. *L. in ambigua, D. de legib.*

CAP. IX.

Digitized by Google

C A P. IX.

Nec moram, nec factum unius ex promittendi reis alteri nocere: sed nec interdum prodesse.

S U M M A R I A.

1. *Unius ex reis promittendi factum, quo se obstringit, alteri reo non nocere.*
2. *Unius rei factum alteri quoque reo nocere, quomodo interpretandum in* L. pen. D. de duob. reis.
3. *Uno ex reis promittendi moram faciente si res intereat, nihilominus liberari alterum: at si unus animal promissum occiderit, non item, & quæ differentiæ ratio.*

Liberationem habemus unius rei promittendi, qua & ipsa liberatur alter: proinde factum unius in obligatione communi, quod factum prosit alteri. An etiam unius rei factum nocere possit alteri, sitque id proprium huius obligationis, tertium fuit a me propositum, quod in conditione istius obligationis quæreremus. Et quatuor fere facta sunt cuiusque rei debendi, quæ illi noceant ad eum obstringendum, ubi alioqui non teneretur: delatum ab eo iusiurandum, quo adversarius iuravit sibi deberi: eius confessio, qua fatetur se debere: damnum rei debitæ ab eo datum: mora ab eo solutioni facta. An ergo hæc item alteri reo noceant, & an his uti possit creditor ad alterum his no-
1 minibus conveniendum, quæritur. Et † si quidem factum unius rei promittendi eiusmodi est, ut se eo obstringat, etsi prius non teneretur: generaliter probandum est, id factum alteri correo non nocere, tantumque abesse, ut id nocere alteri sit proprium obligationis duorum reorum, ut nihil sit magis contrarium. Rei enim sunt unius eiusdemque obligationis, *L.* 3. *§. ult. D. hoc tit §. pen. Inst. eod.* Proinde extra eam obligationem non sunt rei, nec quidquam inter se habent commune. Quæ res facit, ut hic ad commune iuris constitutionem pertineant, qua placet res inter alios actas aliis non nocere, toto Tit. *sup. res inter al. act.* Hac de caussa delatum ab uno iusiurandum placet adversus alterum stipulatori nihil prodesse, *L. nam postea quam, in fi. & L. quia, seq. D. de iureiur.* nempe ideo, quod alter ex caussa eius iurisiurandi conventus si neget se debere, negat se, ut reum teneri ea obligatione, quæ iureiurando inducta est. Idem ergo dicemus, etsi unus ex reis, quanvis in iure, confessus fuerit se debere, eadem de caussa. Quod si factum unius rei tale erit, quo non inducatur nova obligatio, sed perpetuetur vetus, quam constat duorum reorum fuisse: hic interesse dicemus, morane unius rei id acciderit, an facto; idest, culpane, quæ in non faciendo sit, an ea, quæ sit in faciendo, veluti, cum reus animal promissum occidit: De mora exstat definitio in *L. mora, §. ult. D. de usur.* in hæc verba: *Si duo rei promittendi sint, alterius moram alteri non nocere.* Qua significatur, si post unius rei promittendi moram res promissa perierit, perpetuari adversus eum obligationem: sed eam rem alteri, qui moram non fecit, non nocere quominus in eo utatur suo proprio iure, & eo interitu liberetur, atque ita simul utrumque accidere, ut neque illius mora alteri noceat ad eum in obligatione retinendum, neque huius liberatio moratori prosit ad eum liberandum, de quo iure dixi paulo ante.

De facto † autem unius rei promittendi 2
exstat contraria Pomponii definitio in *L. pen. D. hoc tit.* his verbis: *ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Factum vocat Pomponius, quod proprie ita dicitur, idest, id admissum, quod vere in faciendo est, quale est, cum unus reus animal promissum occidit: non autem id admissum, quod est in cessando, aut negligendo, quo in genere est mora, cessatio nempe posita in non solvendo: sicque mora a facto distinguitur in *L. si servum, §. sequitur, D. de verb. obl.* Id eo pertinet, ut cum dicitur alibi moram unius rei alteri non nocere, sciamus non esse contrarium illi, eum dicitur, factum unius alteri nocere; quoniam mora non est factum, quod quidem proprie ita vocetur, ut dixi. Sed & cum dicitur factum unius alteri quoque nocere, aperte de eo facto dicitur, quod ipsi facienti nocet vel ad inducendum adversus eum obligationem, de qua prius dubitari posset,

vel ad eam, quæ certo constituta erat, perpetuandam. Sed cum adiicitur, factum unius ex duobus reis promittendi, satis declaratur agi de his, qui vere rei fiut. Proinde & id factum notari, non quo inducatur obligatio, sed quo ea, quæ duorum reorum erat, perpetuetur, cum absque eo facto foret, esset interitura. Id autem factum est, ut dixi, cum unus reus promittendi aliquid fecit, quo res promissa vel exstare, vel integra esse desineret: puta, cum animal promissum occidit, aut debilitavit. Ita fit, ut sit hæc sententia definitionis, si quod tale factum unius ex reis promittendi acciderit, id factum primum ei nocere, ne eo interitu iuxta regulam communem iuris liberetur: quod certi iuris est, *L. si ex legati*, *L. si servum, in princ.* §. *sequitur*, *D. de verb. obl.* Sed hinc amplius & conreo nocere, ne & ipse liberetur, quanvis ille nihil in eo neque dolo, neque culpa, aut per dissimulationem fecerit. De quo dubitari merito poterat: est enim contra regulam iuris, quæ eum debitorem, sine cuius culpa res periit, liberat. *d. L. si ex legati.*
3 Quod cum ita sit, † & præterea in mora diversum observari dixerimus: haud abs re erit videre, cur id in hac specie tam varie constituatur. Et recte generaliter definiemus, iniquum esse, unius ex reis factum alteri reo nocere: ne incipiat dici licere cuiquam alterius conditionem deteriorem facere, contra regulam naturæ, *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Sed & illud etiam esse æquissimum, unius factum non prodesse vel ipsi, vel alteri ad eum liberandum in necem creditoris. Nam a quo iusta solutio, aut satisfactio proficisci debuit, valde iniquum est, atque adeo absurdum ab eo nasci iniuriam liberationis invito creditore. Sequitur igitur, ut re post moram unius ex reis perempta, quanvis qui moram fecit, teneatur adhuc, tamen liberetur alter, qui moram non fecit: quia si etiam ob id factum alter teneretur, aperte mora prioris illi alteri noceat: cum sine cuiusquam mora futurum esset, ut rei interitu liberaretur. Negamus autem ullum factum, aut culpam cuiusquam debere alteri nocere. Contraria de caussa dicendum est, cum unus ex reis animal promissum occidit, aut aliter fecit, quominus res promissa exstaret, sicut tenetur qui occidit; ita alterum quoque reum teneri debere: quia si eo interitu liberatur alter, perspicuum est occidentis factum illi prodesse ad liberationem, cum sine eo uterque adhuc teneretur, ut prius. Iam vero & hoc factum alteri prodesse debere negavimus. At enim factum unius ex reis promittendi dicitur nocere alteri, in dicta *L. penult. D. eod.* & nocere ibidem admittitur. Sed idem factum in hac re dicitur modo simpliciter non prodesse, modo etiam aperte nocere diversis rationibus. Si liberationem tantum spectamus, ut certe de hac sola nunc quærimus: occidentis factum alteri non prodest, quia eo facto alter non liberatur. Si spectamus regulam iuris, quæ ex interitu rei debitæ liberationem reo tribuit: dicitur factum alteri qui non occidit, nocere: quia factum id quodammodo obstat, ne alter reus ea regula utatur. Sed tamen semper fatendum est, hoc posterius abusive dici, non proprie. Revera enim non factum occidentis obstat, quominus alter liberetur, cum potius factum spectet ad alterum re perempta liberandum; sed in caussa est ius, quod non patitur in interitu rei fraudem unius ex reis alteri prodesse.

C A P. X.

Interruptionem præscriptionis temporis ab uno ex reis adhibitam alteri reo & prodesse, & nocere, & ad *L. ult. hic.*

S U M M A R I A.

1. L. ult. C. de duobus reis, *explicatur.*
2. *Facta cætera unius ex reis alteri nec nocere, nec prodesse: interruptionem autem præscriptionis ab uno ex reis promittendi, aut adversus unum ex reis stipulandi adhibitam alteri reo & prodesse & nocere: & huius rei æquitas.*

IN his tamen factis unius ex reis promittendi, quæ facta ad perpetuandam obligationem valent, qualis est eius mora, & rei debitæ interemptio, excepit Iustinianus interruptionem præscriptionis, quam in unius persona admissam voluit etiam alteri reo & prodesse, & nocere. Quod dico, huiusmodi est. Diximus, si quod factum sit, quo unus ex reis promittendi perpetuavit adversus se obligationem, id factum

factum neque alteri reo nocere ad eum in obligatione retinendum, ubi ex sua persona liberari per se potuit, qualis est unius ex reis promittendi mora: neque prodesse ad eum liberandum, quanvis alioqui si esset solus, potuisset alieno eodem facto liberari: quale est, si res ab uno sit per-
1 empta. Hic, † inquam, excepit Iustinianus interruptionem præscriptionis, extatque de ea re eius constitutio, in *L. ult. inf. hoc tit.* Constituit enim, quæ eius legis sententia est, quocunque facto in unius ex reis persona interrupta sit præscriptio temporis, quæ adversus actionem currebat, sive hanc interruptionem passus sit unus ex reis promittendi, sive unus ex reis stipulandi intulit, eam & alteri reo promittendi nocere, & alteri reo stipulandi prodesse. Nocere, ut adversus alterum quoque reum præscriptio sit interrupta, quo adversus eum etiam finito tempore præstituto utiliter agi possit. Prodesse, ut alter quoque reus stipulandi videatur interrupisse, quo & ipse perpetuo possit agere. Interrumpitur autem præscriptio, si reus aut debitum agnoscat apud creditorem, aut a creditore iudicio pulsetur. Sive ergo unus ex reis promittendi debitum agnovit vel iudicio conventus est, perpetuatam eo facto adversus eum actionem, placet etiam adversus alterum reum perpetuatam videri, quasi & ipse agnovisset idem, aut iudicio conventus esset. Sive apud unum ex duobus reis stipulandi agnitum est debitum, aut ab uno promissor iudicio conventus: perpetuatam huic actionem placet etiam alteri reo quasi communi quodam facto effici perpetuam.
2 Ergo † unius ex reis interpellati partim mora, partim agnitio alteri quoque reo nocet ad interrumpendam præscriptionem: quod supra de mora & facto generaliter negabamus: & unius ex reis stipulandi interpellatio alteri quoque prodest ad eandem interruptionem, quanvis ipse ad eam rem nihil contulerit: quod & ipsum in pacto unius rei stipulandi, itemque in re cum uno ex his indicata, & similibus factis ante negavimus. Sed meminerimus constituta hæc præter cæteras caussas in interruptione præscriptionis temporis, utrumque non sine certa ratione. Odiosa enim res est præscriptio temporis, utpote constituta etiam ei, quem constare possit prius debuisse, & constituta ob id solum, quod debitor per tempus constitutum cessaverit. Favorabilis igitur, & digna quovis auxilio eius præscriptionis interruptio: idque eo magis, quod quandocumque & quocumque ex facto concessa fuerit, semper interruptio sine debitoris cum quo nihil actum est, damno continget: cum, ut dixi, & ipse prius debuerit, nec moleste ferre debeat, se probabili quavis ratione a præscriptione temporis excludi, quem potius conveniebat ex cessatione sua lucrum non sentire. Unde & Iustinianus in *dict. L. ult. in pr. hic*, testatur se eos modos interruptionis, quos ab aliis positos invenerat, etiam ampliasse: nempe quia bene regula iuris Pontificii comprehensum est, odia restringi, favores ampliari convenire. *c. odia, de reg. iur. in 6.* sumptum ex *L. cum quidam, in fin. D. de lib. & posth.* Cur autem hæc interruptio in persona unius ex reis stipulandi, vel promittendi undecumque semel admissa etiam ad alios reos omnes pertineat, hæc non improbabilis ratio est, quod sit interruptio de tota obligatione. Iam vero hæc obligatio in omnium reorum obligatione non diversa, sed una & eadem est. Et hanc Iustinianus secutus est, ut declarat ipse in *d. L. ult. in extremo.* Ratio infirma per se, sed accedente illa ratione, atque æquitate præscriptionis impediendæ, quam supra dixi, utraque eam interpretationem abunde in hac specie suadet. Nec aliorum factorum exempla adversantur. Poterat quidem eadem ratione defendi, uno ex reis re post eius moram perempta obligato, eam obligationem etiam in altero reo retineri Sed ideo non placuit: quia æquitas prohibet rem, quæ non est in rerum natura, aut in hominum commerciis, deberi ab eo, qui ipse nec rem sustulerit, nec in ea solvenda moram fecerit. Eadem quoque ratione poterat defendi, exceptionem ab uno ex reis pacto, vel re indicata quæsitam ad alterum quoque reum pertinere: quia liberationem ab obligatione contineret, hæc autem obligatio etiam alterius rei est. Sed vetat regula iuris, per liberam personam alii vel actionem, vel exceptionem acquiri, *L. 1. sup. per quas pers.* Cum autem actione ab uno ex reis stipulandi interrupta placet interruptionem alteri quoque reo ad perpetuandam obligationem prodesse: nulla hic actio, aut exceptio acquiritur, sed ea obligatio, quæ eius erat, retinetur. Acquirere alii non licet; retinere, quod eius sit, etiam in aliis caussis denegatum non est. *L. si quis solutioni, §. ult. D. de usur. L. si cum venderet, in pr. D. de pign. act. L. 3. in princ. D. quod vi, aut clam.*

C A P. XI.

Duos reos promittendi vice mutua nec fideiussores esse omnino, nec pro fideiussoribus haberi invito stipulatore.

S U M M A R I A.

1. *Inter reos promittendi, & plures fideiussores differentiae.*
2. *Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi, quid sit in* L. reos, D. de duobus reis.
3. *Rei promittendi quando habendi pro fideiussoribus.*

SUnt ergo hæc duorum reorum promittendi propria, sive de dividenda inter eos actione, sive de eorum liberatione, sive de facto quod his noceat, agatur. Sed quoniam in his, quæ diximus, necesse est pleraque immutari, si duo rei promittendi vice mutua fideiussores sunt, & tamen tales accipi convenire, scriptum est a Papiniano in *L. reos, in pr. D. h. tit.* superest, ut videamus hoc etiam, quam vere id dicatur, vel potius quomodo accipiendum sit, et conveniat cum superioribus. Et non dubium est, quin duo rei promittendi fideiussores non sint. Duo enim rei promittendi sunt, qui principaliter idem promittunt: non enim ita, ut quod unus prius principaliter spopondit, ei postea alter accedat, ut dicat nominatim se promittere, quod ab illo, aut illo debetur, quod est proprium accessionis. Idque ex constitutione duorum reorum supra intellectum est. Nullus autem fideiussor principaliter & per se quid promittit; sed omnis fideiussor principalis alicuius obligationis accessio est, *§. fideiussores, Inst. de fid.* Non ergo duo rei promittendi invicem sunt fideiussores. Hinc duo rei promittendi ubique a fideiussoribus distincti, *L. sed si*, 24. iuncta *L. idem, seq. D. de pact. L. ult. infr. de fid.* Hinc & tituli distincti, *De duobus reis, & De fideiussoribus*. Nec vero parum interest id ita recte statui: alioqui, ut dixi, pleraque falsa erunt ex iis, quæ supra posuimus.

1 Est autem † inter reos debendi, & fideiussores harum rerum differentia. Inter fideiussores, qui solvendo sint, dividitur actio etiam iure vetere, singuli rei solidum debent, & a singulis solidum peti potest, *L. 2. L. 3. §. ult. D. eod.* Fideiussor, quod reo debetur, compensare potest, si conveniatur, *L. 5. D. de compens.* reus promittendi quod alteri reo debetur, non potest *l. si duo*, 10. *D. hoc tit.* Item fideiussori exceptio pacti competit, quæ competeret reo, etiam si pactum in personam rei dumtaxat collatum sit, *L. & heredi, §. ult. L. quod dictum, D. de pact.* Unius autem ex reis promittendi conventio quanvis in rem collata alteri reo, qui socius non sit, non proficit. *d. L. & heredi, §. ult. L. sed si, 24. L. idem, seq. D. de pact.* Quid † ergo est, quod ita 2 scribitur in *d. L. reos*, D. eod. *Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit.* Vel hoc ipsum maxime significat reos promittendi fideiussores non esse. Hæc enim oratio, *reos promittendi fideiussores recte accipi*, nihil aliud significat, quam reos pro fideiussoribus recte accipi, seu esse loco fideiussorum: quo maxime significatur eos non esse fideiussores. Id ex simili hac oratione licet intelligere, cum dicimus creditores accipiendos esse omnes, quibus ex quacunque caussa debetur, etiam ex quasi contractu, aut maleficio, traditum in *L. creditores accipiendos, D. de verb. sig.* ubi sane constat hoc dici non omnes illos creditores esse, non sunt enim: cum credere sit ex contractu alterius fidem sequi: *L. 1. D. si cert. pet.* sed esse loco creditorum, seu pro creditoribus haberi, idque ita explicatur in *ead. L. creditores*, eum ita subiicitur paulo post: *Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum.* Non ergo rei promittendi sunt vice mutua fideiussores, etsi quis concedat pro fideiussoribus habendos. Sed quid refert, dicet aliquis, si fatemor effectu pro fideiussoribus esse habendos? Sane nihil referret, si Papinianus generaliter definiret, reos promittendi ita esse habendos. Nunc autem hæc sententia est Papiniani: convenire inter omnes, seu, ut alibi loquitur, vulgo receptum esse, *reos promittendi pro fideiussoribus accipi non inutiliter.* Non tamen semper, sed *vice mutua*, id est, cum ita accipiuntur ambo, ut simul habeantur pro fideiussoribus vice mutua,

non

non etiam ita, ut unus eodem tempore fungatur persona rei principalis, alter habeatur pro huius fideiussore: quo illius iure, puta compensatione eadem, aut ea-
3 dem exceptione utatur. Quinetiam † hoc ipsum, quod dicit Papinianus, reos promittendi non inutiliter simul pro fideiussoribus vice mutua accipi: non generaliter definit, sed ita, ut intelligat id aliquando fieri utiliter, at non semper. Declarat enim paulo post id fieri tantum tunc, cum reus stipulandi pro talibus eos haberi velet, non etiam ita, ut eos pro talibus admittere cogatur. Et ideo, inquit, ut reus stipulandi inter fideiussores dividere posset actionem: sic inter reos, tanquam vice mutua fideiussores sint, pro arbitrio eius dividere poterit, *non secus, ac si duos premittendi reos divisis actionibus conveniret*. Sed hoc, inquam, *si velit*: cæterum, inquit ille, *dividere cogendus non est*.

C A P. X I I.

Non tantum duos reos stipulandi & promittendi fieri posse, sed & plures: nec tantum verbis stipulationis, sed & ex cæteris contractibus: itemque testamento fieri posse duos reos debendi, credendive.

S U M M A R I A.

1. *Ex contractibus aliis, quam stipulatione duos reos debendi fieri posse, & quomodo fiant.*
2. *Etiam ex mutuo duos reos debendi eiusdem pecuniæ creditæ fieri posse, & quomodo; ac quam recte hic fieri dicantur.*
3. *Et testamento duos reos debendi fieri posse, & quomodo fiant.*
4. *Ex aliis caussis obligationis, quam contractibus, aut testamento, duos reos debendi non constitui.*
5. *Etiam duos reos credendi ex aliis contractibus fieri posse, & quomodo fiant.*
6. *Ex mutuo quomodo duo rei credendi.*
7. *Ex testamento quoque duos credendi reos posse fieri, & quomodo fiant.*

QUÆ de duobus reis stipulandi & promittendi hactenus dicta sunt, exempli caussa dicta sunt: quia & ita reos fieri usitatius est, & hic titulus de his conceptus est cum hoc loco, tum in Pandectis. Cæterum & in pluribus reis, quam duobus idem iuris est, *Inst. eod. tit.* & ad alios quoque reos credendi, debendive ius pertinet; si tamen ex aliis quoque caussis, quam ex stipulatione, duo pluresve rei credendi & debendi constitui possunt. De quo sequitur ordine, ut bre-
1 viter cognoscamus. Et constat † ex aliis quoque caussis duos debendi reos voluntate fieri posse, partim ex contractu, partim ex testamento. De quo ita scriptum est a Papiniano in *L. eandem, in princ.* D. eodem. *Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus: vel eandem rem duobus similiter commodavi, fiunt duo rei promittendi: quia non tantum verbis stipulationis, sed & cæteris contractibus fiunt, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento.* Hæc Papinianus. Quomodo ergo fiunt ex his caussis duo debendi rei? Indicat superiore definitione Papinianus. In contractibus, cum ait in eo, quod apud duos deposui, duos reos fieri, cum utriusque eorum fidem in solidum sum secutus. Significat ergo ex contractu duos reos debendi constitui, cum in eandem obligationem sic duo consenserunt, ut vellent ei cum quo contrahitur, in eam caussam in solidum obligari, quod fit aperto consensu: puta, si in emptione duo constituant se eiusdem rei emptores, in venditione duo se eiusdem rei venditores; velintque utrique, illi venditori, hi emptori in solidum obligari. Quod quidem in his contractibus & similibus recte fit etiam sine stipulatione, quia in his obligatio contrahitur solo consensu. Sed non minus & in iis, qui re fiunt, ut deposito, & commodato, duos reos debendi recte constitui supra diximus, fitque eadem illa conventione, cum re apud duos deposita nominatim id agitur, ut uterque eo nomine in solidum obligetur: quam & fidem utriusque is, qui deposuit, sequitur, ut est in *d. L. eandem, D. eod.* Quod si apud duos res deposita sit simpliciter, aut duobus simpliciter commodata: duo quidem quodammodo rei habebuntur, quia ut in re indivisa dolum & culpam, & diligentiam, & custodiam in totum præstare debent: revera duo rei non erunt, quod eo pertinet,

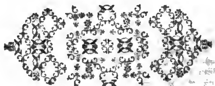
tinet, ut in eo duorum beneficio per omnia non utantur, sed solum unius solutio liberet alterum: indicatur hoc in *L. 5.*
2 *§. ult. in fin. D. com.* Quod † in his receptum est, receptum est & in mutuo, ut eiusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei fieri possint, quamvis uni tantum pecunia numerata sit, & quidem ita, ut rei fieri possint non tantum, si propter pecuniam mutuam uni datam omnes rei promittendi fiant, quod quia stipulatione fit, iure optimo fieri posse constat, eaque species est *L. propter, infr. h. tit.* sed etiam si pecunia uni numerata, constituant se omnes eius pecuniæ debitores, velintque singuli in solidum, quasi pecunia in solidum a se accepta, obligari: quod & sine stipulatione fieri posse declaratur in *L. si non singuli, supr. si cert. pet.* De quo tamen non parva dubitatio est. Nam quomodo ex mutui caussa rei fiant, qui mutuam pecuniam non acceperunt: cum mutuum non contrahatur consensu, sed re, dum & pecunia proficiscitur in accipientem? *L. 2. §. creditum, D. si cert. pet. Inst. quib. mod. re cont. ob. in pr.* Dicendum est, cum uni pecunia traditur aliorum voluntate, satis omnibus traditam videri: illi quidem per se, cui vere traditur; cæteris autem per huius personam; quoniam nihil interest, utrum alicui tradatur quid, an alii voluntate eius. *L. restituta, D. ad Treb.* Sed nondum ad mutui caussam satis, his omnibus pecuniam traditam videri. Etiam omnium pecuniam fieri oportet, si hos ex mutui caussa reos fieri, idest obligari volumus. Sic enim mutuum est, si ita dentur nummi, ut fiant accipientis. *Inst. quib. mod. re cont. obl.* At quomodo eadem pecunia fieri illorum omnium potest tanquam mutua, cum plures eiusdem rei in solidum domini esse non possint? *L. 5. §. ult. D. com.* Dicemus plures istos eodem tempore dominos eiusdem pecuniæ fieri non posse: diversis temporibus posse. Quod in hac constitutione plurium reorum fiet hoc modo. Nam iis, quibus pecunia naturaliter numerata non est, videtur numerata, ut dixi, per interpositam personam eius, cui numerata est. Sic deinde ab his velut accepta, videtur ab his ipsis ad eum profecta, cui numerata est: ut sic ad singulos pecunia perveniat diversis temporibus, tanquam brevi manu, occultatis non necessariis traditionibus, ut in caussis similibus factum accipiendum esse docemur in *L. 3. §. ult. D. de don. inter vir. & uxor. L. singu-*
3 *laria, D. si cert. pet.* Testamento † sic fieri duos reos docet Papinianus in *d. L. eandem*, D. eod. *Si pluribus*, inquit, *heredibus institutis testator dixit, Titius & Mævius Sempronio decem danto.* Quod ex initio eius loci sic intelligendum est: si modo id senserit testator, ut singuli isti appellati heredes solida decem deberent, &, ut loquitur Papinianus, si, ut in deposito, sic in legato testator ita a duobus heredibus legaverit, ut vellet legatarium utriusque fidem & personam in solidum sequi, quomodo Accursius locum bene accepit. Sic autem videbitur testator id sensisse, si expresserit. Alioqui eadem summa pluribus coniunctim adscripta, si nihil aliud actum probetur, pro numero personarum divisa intelligitur, ut singuli partem dumtaxat debeant: in quam sententiam omnes veteres consentiunt. *L. reos, in pr. L. sive, D. eod. L. eum qui, 56. in pr. D. de verb. obl. L. cui fundus, D. de cond. & dem.* Diversum est, si testator disiunctim eandem summam leget a duobus hoc modo: Lucius Titius heres meus, aut Mævius heres meus decem Seio dato. Apparet enim hic solida decem legata esse a singulis; sic tamen, ut velit testator una decem in obligatione versari, ut ab utro fuerit solutum, alter liberetur. Ideo & hic placet ita duos reos esse, quasi essent duo rei promittendi, ut est in *L. si ex toto, 8. §. 1. D. de leg. 1.*

Ex † cæteris caussis obligationis duo rei 4
debendi non constituuntur, etsi maxime proponas duos pluresque eandem rem debere. Aut enim ex eadem caussa non debent, aut non id agitur inter eos & creditorem, ut una sit omnium obligatio, & res una in obligatione versetur: ut puta, plures tutores obligantur ex tutelæ caussa in solidum, sed singuli ex suo facto, & sua culpa: in quo res sunt diversæ. Ideo non sunt plures rei debendi, neque per omnia eodem iure utuntur, etsi ut in obligatione communi pleraque habent similia, ut declaratur in *L. 1. §. nunc tractemus, D. de tut. & rat. dist. L. si pupillus, D. de adm. tut.* Plures ex eodem delicto, quod in commune admissum est, tenentur in solidum, sed aperte non sunt duo rei: quia diversa sunt facta, & delicta singulorum, & unusquisque proprii delicti pœnam patitur, quæ ideo in diversis delictis non potest esse una. *L. si quis, §. ult. & L. sequen. D. de iurisd. L. 1. sup. de cond. fur.* Cumque in quasi maleficio plurium similiter suum cuiusque peccatum sit, quod pœna coercetur: non dubium, quin & hic plures quanvis eius admissi nomine teneantur in solidum, tamen duo rei debendi non sint: etsi hoc simile habent,

Digitized by Google

habent, quod uno solvente, quod actori debetur, alter liberatur, *L.* 1. *§. ult. & L. seq. D. de his, qui deiec. vel effud.*

5 Ut autem † ex contractibus aliis, quam stipulatione duo rei debendi fieri possunt: ita & duo rei credendi etiam in iis, qui re conficiuntur, puta deposito, commodato, mutuo: fientque hoc modo, si nominatim hoc agatur, ut tanquam duo deposuissent, aut commodassent eandem rem, vel eadem decem mutua dedissent singuli in solidum: ita horum singulis, qui accepit in solidum obligetur. Quod in deposito indicat Ulp. in *L.* 1. *§. sed si duo, D. depos.* his verbis: *Si duo deposuerunt, & ambo agant, siquidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere*. Vult ergo singulis solidum depositum deberi, singulos eo nomine recte agere in solidum, eandem rem in obligatione versari, id autem conventione effici. Atqui hæc plane duorum reorum stipulandi descriptio est in *L.* 2. *L.* 3. *§.* 1. *D. eod. §. pen. Inst. eod.* Quidni vero ita duo quoque credendi rei in deposito recte constituantur, cum fateamur duos debendi reos ex eadem caussa fieri posse? facilius enim duobus acquiratur eiusdem rei nomine actio, quam duo eiusdem rei nomine obligentur: cum acquisitio faciat conditionem acquirentis meliorem, quod licet; obligatio autem faciat obligati conditionem deteriorem, quod non perinde concessum est, *L. solvendo, D. de neg. gest.* Sed duo deponere & commodare eandem rem possunt: ut nihil prohibeat ex his contractibus duos reos credendi ita fieri, tanquam quorum singuli vere rem totam deposuissent, aut totam commodassent. At † quomodo possunt duo 6
eandem rem mutuo dare, ut quasi solidum dedissent, ita fiant duo eiusdem pecuniæ credendi rei? Possunt videri dedisse eadem illa fictione, quæ in pecunia credita est: ut scilicet unus dando suo nomine, velit quoque datam nomine alterius, ac debitor sic accipiat. Sic enim fiet, ut perinde habeatur, quasi debitor pecuniam acceptam illi alteri dedisset, sic deinde ab eo ad eumdem debitorem redisset. Quæ brevis manus traditio in mutuo constituendo præcipue admissa est. *L. singularia, L. certi, L. pen. D. si cert. pet.* Ex † testamento sic duo rei credendi in 7
re legata fieri possunt, si testator duobus leget eandem rem, eandemve summam disiunctim, hoc modo: *heres meus Titio, vel Mævio decem dato*. Nam sic cum hæc a duobus isto modo legata sunt, sunt duo rei debendi: quia a singulis solida decem, una tamen summa legata sunt; *L.* 8. *§.* 1. *D. de legat.* 1. Fient & tunc duo rei credendi, cum hæc summa eodem modo legata erit duobus: quia legata sit solida singulis; sic tamen, ut una summa in obligatione versetur. Quod si coniunctim eadem summa legata erit duobus, puta Titio & Mævio decem: ita his decem communiter legata sunt, ut singulis intelligantur solum quinque data, nisi aliud testator aperte caverit. *L. eum qui ita,* 56. *in pr. D. de verb. obl.*



CAP. XIII.

C A P. XIII.

Quid ex iure vetere de duobus reis conſtitutio Novella Iuſtiniani *de duobus reis* immutarit. Et ad *auth. hoc ita*.

S U M M A R I A.

1. *In duobus reis ſtipulandi, credendive nihil Novella Iuſtiniani de iure vetere immutari; in duobus reis promittendi vix pauca etiam omnium conſenſu, & quæ.*
2. *Novellam Iuſtiniani, quæ inſcribitur* de duobus reis, *perperam acceptam vulgo eſſe de duobus reis ſimpliciter acceptis, eoque nihil eam de vetere iure duorum reorum immutare.*
3. *Neque* de duobus reis *inſcriptionem eſſe de duobus reis, qui vice mutua accepti ſunt, ut Haloander recte eſt interpretatus: & quomodo plures tales conſtituantur, quidve a duobus reis differant.*
4. *Novellæ de duobus reis ſententiam ad fideiuſſores vice mutua acceptos ſolum, non ad duos reos promittendi pertinere: & quid ea lege conſtituatur.*
5. *Duos reos viſe mutua fideiuſſores acceptos, ſi nihil aliud aperte convenit, ſingulos pro parte teneri, non in ſolidum: & hoc quam recte conſtitutum.*
6. *Duos reos vice mutua fideiuſſores acceptos, quamvis convenerit, ut tenerentur in ſolidum, non tamen conveniri poſſe niſi pro parte, ſi ambo præſentes ſint, & ſint ſolvendo, & hoc quam recte.*
7. *Ex duobus reis vice mutua fideiuſſoribus acceptis præſentem conventum in ſolidum, petere poſſe ſpatium, intra quod abſentem creditori exhibeat.*
8. *Non ſolvendo quit, & a quo, & quomodo probetur, ſi de eo ſit controverſia.*
9. *Non præſens, ſeu abſens in propoſito quis: & a quo probari debeas in re dubia, ac qualis ſit eius rei probatio.*
10. *Pro abſente habendum etiam præſentem, quiſquis præſens conveniri non poteſt, & quibus de cauſſis accidat, ne poſſit quis conveniri.*
11. *Qui facto creditoris conveniri non poteſt, pro præſente & idoneo ſemper habendus, quo alter pro parte ſolum convenîatur.*
12. *Duos reos promittendi etiam, qui vice mutua fideiuſſores accepti ſunt, ſingulos in ſolidum etiam novo iure conveniri poſſe quatuor caſibus, & quibus.*

HActenus ius vetus de duobus pluribuſve reis non ſolum ſtipulandi, & promittendi, ſed & in univerſum credendi, debendive. Quoniam ei iuri derogaſſe putatur conſtitutio Novella Iuſtiniani 99. quæ vulgo, *De duobus reis promittendi*, inſcribitur: ſupereſt, ut num quid illa hic immutarit, & quidnam id ſit, breviter cognoſcamus. Atque hic maxime cognoſcendi locus eſt, ubi proponitur fragmentum tanquam ex illa conſtitutione expreſſum, quo ab eo iure, quod eſt in lege præcedente de duobus reis promittendi,
1 aperte diſceditur. Et † ne quis nos in his, quæ de duobus reis ante ex iure vetere diſſeruimus, nihil aut parum egiſſe exiſtimet, quaſi ſuperior conſtitutio alter nobis duos reos informet, quam ſupra admiſimus, aut de his aliud ius nobis præſcribat: ſciamus aut nihil eſſe, aut certe eſſe perexiguum, quod de iure ſuperiore ea conſtitutio immutarit: ut neceſſe ſit cætera, quæ conſtitutio non attigit, omnia integra manere, *L. præcipimus, in fin. ſup. de app.* Quorum maxima pars eſt etiam ex omnium aliorum conſenſu. Nam cum omnis tractatio de duobus reis ſit aut de eorum conſtitutione, aut de iure, quod in his conſtitutis ſervatur: primum animadvertendum eſt, Iuſtinianum conſtitutione ſua nihil de duorum reorum tum credendi, tum debendi conſtitutione attigiſſe. Quod ad ius conſtitutæ obligationis attinet, ne hic quidem quidquam de eo iure in perſona duorum reorum ſtipulandi, credendive omnino immutavit. Ut enim plurimum ei conſtitutioni tribuamus, certe verba oſtendunt conſtitutione caveri tantum de duobus reis promittendi. Quid? in his ipſis promittendi reis ius innovavit per omnia? Ne id quidem. Nam Iuſtiniani conſtitutio de ſolidi exactione adverſus ſingulos reos promittendi olim conſtituta rantum cavens, haud dubie partem illam quæ eſt de poteſtate totius obligationis tollendæ, ſingulis tributa: item & illam quæ eſt de facto unius, quod alteri nocear: utramque, inquam, hanc partem ut intactam, ita ſalvam & integram reliquir. Reſtat ſola exactio, quam ius vetus, ut dixi, ſolidam adverſus ſingulos reos promittendi ſtatuit, & de qua cavet ſuperior conſtitutio. Atqui illa ne hanc quidem detraxit creditori per omnia; ſed quod ex verbis apparet, duobus caſibus etiam nunc reliquit. Uno, ſi unus reus non ſit ſolvendo, altero, ſi abſit. Ut iam ſi quid eſt, quod conſtitutio immutarit, redigatur

tur in admodum angustum hunc locum, cum ambo rei promittendi & solvendo sunt, & sunt præsentes: de quibus & ipsis, ut video, inter omnes, certe inter saniores, convenit. Quid ergo hoc casu fiet? Et manifestum est, quid constitutio in his, de quibus cavet, velit fieri. Iubet enim singulos pro parte agnoscere onus, & pro ea parte conveniri, in solidum vetat: ut si de duobus reis id constitutum est, hactenus saltem recessum sit ab eo iure, quod supra exposuimus, recteque *auth. hoc ita*, subiecta sit præcedenti legi ad temperamentum & exceptionem, cum ea lege creditori solidi exactio adversus utrum ex eis vellet, tribueretur.

2 Sed † videndum hic etiam atque etiam puto, an id cautum sit de duobus reis promittendi, idest, iis qui simpliciter & principaliter eandem rem solidam promiserunt. Vulgo pro certo habent: quod & apparet sensisse auctores huius fragmenti, qui id ita concepit, ut in eo negaret, quod in lege præcedente de duobus reis ex iure vetere scriptum erat. A quibus valde dissentio, omninoque ita constitutionem Iustiniani esse puto, ut non sit de duobus reis simpliciter acceptis, quales supra descripsimus: proinde nec quidquam de vetere iure duorum reorum promittendi ne in exactione quidem immutarit. Id quidem & verbis ipsius constitutionis, & sententia non uno modo perspicue efficitur.
3 Primum † ita conceptus est titulus constitutionis: περὶ ἀλληλεγγύων, quod si ad verbum exprimas: valet, de mutuis fideiussoribus. Id autem est, de duobus pluribusve, qui vice mutua inter se fideiussores accepti sunt. Quod Haloander recte intelligens vertit, non simpliciter de duobus reis, ut vulgaris interpres non bonus; sed periphrasi exprimere volens, quod erat in verbo, *De duobus reis promittendi, qui vice mutua accepti sunt*. Neque hoc Haloander tantum; sed & vetus ille interpres in constitutione ipsa vertenda agnovit. Illa enim verba quæ sunt. in §. 1. *in prin.* εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύων ἐνεχόμενος λάβοι τινάς, vertit, *si quis alterna fideiussione obligatus sumat aliquos*. Tametsi idem paulo post illa, ἀλληλεγγύως δανεισθὲν, vertit, *quod sub alterna promissione creditum est*; cum vertere deberet, quod sub alterna, aut mutua fideiussione. Loquitur ergo constitutio non de duobus reis, sed de duobus pluribusve fideiussoribus mutuo inter se acceptis: aut si reos appellare libet, de reis quidem, sed qui aperte ita accepti sint, ut vice mutua alii aliorum essent fideiussores. Quod ita fit in duobus, cum

unus primo & principaliter promittens aperte fideiussorem dat: sed & fideiussor rursum sic accipitur, ut reus, qui prius promiserat, pro eo fideiubeat. Atqui non sunt in hac caussa duo rei promittendi simpliciter accepti. Hi, ut supra ostendi, nec fideiussores sunt omnino, nec pro fideiussoribus habendi longius, quam stipulator haberi velit. Et quæso, cum singuli in solidum idem promittant, & fideiussionis mutuæ in ea obligatione suscipienda nullam mentionem faciant, quomodo ius stipulatori quæsitum adversus singulos invito adimatur, contra omnem iuris, & æquitatis rationem? *L. 2. D. de his, qui sunt sui, vel al. iur. L. ult D. de pact. L. habere, D. de evict.* Quid enim ad rem pertinet, quid inter se egerint, dum cavent, ut unus sit reus principalis, alter pro eo fideiubeat, qui pactione sua creditoris sui ius mutare non potuerit? *L. debitorum, sup. de pact.* Atque † hæc de verbis constitutionis. 4
Quid sententia? Etiam apertius arguit sentire Iustinianum de duobus fideiussoribus mutuo acceptis; de fideiussoribus, inquam talibus, quales proprie nominantur, & quales nominaverat in constitutione sua *de fideiussoribus*. Etenim initio constitutionis præfatur se prius tulisse legem illam utilem, de fideiussoribus conveniendis; sed cui putet aliquam explicationem & appendicem non ignobilem deesse: eam autem in præsentia se adiicere hac constitutione. Ex quo apparet & hanc constitutionem esse de iisdem fideiussoribus, de quibus illic caverat. Agit ergo & hic de iis, qui vere fideiussores sint: minime autem de duobus reis principalibus, de quibus in priore constitutione non egerat. Sed & id, quod nunc constituit, quale sit, spectemus. Tum facile intelligemus totam constitutionem ad veros fideiussores pertinere, & ad temperandam, explicandamque priorem illam de fideiussoribus omnino referri. Prius constituerat, si ex iis, qui idem debent, unus sit reus debendi, alter fideiussor a reo datus, prius conveniendum esse reum principalem, quam perveniatur ad fideiussorem, etsi hoc iure vetere contra erat. Iustinianus posteriore hac constitutione, de qua loquimur, id ita accipi vult, si aperte unus sit reus debendi tantum, alter tantum fideiussor. Quod si ambo vice mutua fideiussores accepti sint, ut pro fideiussore, qui aperte talis intervenerat, etiam invicem fideiubeat, qui prius promisit: erit quidem uterque debendi reus, utpote pro quo alter fideiusserit: ut secundum constitutionem illam priorem videatur uterque a stipula-

 tore,

tore, quem is volet, in solidum conveniri posse, quia uterque est reus. Sed quia rursum idem quoque est fideiussor, fit eadem illa constitutione, ut iam neuter possit prior in solidum conveniri. Hinc illa difficultas in specie duorum reorum, qui invicem fideiussores accepti sunt, nata ex constitutione superiore. Ea vero difficultas explicatur hac posteriore constitutione: eaque omnino explanatio est & appendix illius prioris constitutionis, quam Iustinianus initio huius posterioris pollicetur. Cavet igitur utrumque in proposita specie eodem tempore conveniri posse, quia uterque reus est debendi. Sed rursum quia est fideiussor, vult utrumque ex parte frui beneficio fideiussorum priori constitutione tributo, ne conveniatur saltem in solidum. Restat igitur, ut conveniantur pro parte, ut fieret inter plures fideiussores. Quod & Iustinianus constituit in §. 1. & quidem sine exceptione, si non convenerit, ut quisque eorum in solidum teneretur. Quod si convenerit: tamen vult hic quoque singulos teneri pro parte; sed hac conditione, dum hoc contingat sine damno creditoris. Quod ita fiet, si conveniatur uterque pro parte, cum uterque & idoneus, & præsens est. Quod si alter solvendo non erit, aut aberit: æquum est creditorem non periclitari: quod & ille constituit. Ideo iubet præsentem, qui solvendo est, ut vere debendi reum periculum subire, & satisfacere creditori. Hinc facile agnoscimus explicationem difficultatis eius, quam dixi, natam ex superiore constitutione, tantum ideo: quod in duobus reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt, proponitur ea species, in qua quidem unus sit reus, & alter fideiussor, sed tamen ita, ut uterque vice mutua sit talis: ut non sit caussa, cur unum potius velis priore loco conveniri debere, quam alterum; neque unum in solidum potius, quam alterum. Cui sane difficultati locus non est in duobus reis promittendi simpliciter & in solidum acceptis sine ulla mutuæ fideiussionis commemoratione: ubi uterque ita reus est principalis, ut neuter alterius sit fideiussor: certe neuter pro alterius fideiussore accipiatur. Quam ob caussam nec iure placet pro fideiussoribus vice mutua accipiendos, nisi creditore volente inter eos actionem suam dividere. *d. L. reos, in pr. D. eod.* Hæc est, opinor, germana sententia constitutionis Iustiniani, de duobus reis promittendi, ut vulgo inscribitur. In qua non solum interpretatio verbis, & consilio constitutionis congruit; sed & sententia ipsa certa ratione iuris & æquitatis defenditur. Cur enim in vetere iure non maneat, quod posterioribus legibus specialiter mutatum non docetur? *d. L. præcipimus, in fin. supr. de app.* & præsertim si iure vetere de re alicui quæsita & non detrahenda agatur, quam quidem non tam æquum est nulli detrahi, quam cuiquam detrahi summe iniquum. *L. 2. D. de his, qui sunt sui, vel al. iur.* Quod si ita est: non recte vulgo interpretes constitutionem Iustiniani acceperunt de duobus reis promittendi simpliciter acceptis, quales nunc quærimus. Non recte, ne auctor quidem huius fragmenti eam de iisdem interpretatus est, & ad exceptionem emendationemque iuris veteris de duobus reis retulit.

Sane in duobus reis promittendi constitutioni Iustiniani locum esse admittimus: sed dum hoc adiiciatur, si modo ii sint rei, qui iidem & fideiussores vice mutua accepti sint, ut constitutio loquitur. Qua specie proposita, quid hic de duobus istis sive reis, sive fideiussoribus Iustinianus constituat, diligenter videndum est. Pleraque enim hic singularia, & quorum ratio merito requiratur, ab eo constituta esse reperiemus. Illud † primum, quod si non 5 convenit nominatim, ut duo isti rei vice mutua fideiussores accepti, singuli in solidum teneantur, vult singulos solum teneri pro parte, quasi divisa inter eos in partes ab initio obligatione, idque sine exceptione: ut proinde nihil referat, utrum uterque solvendo, & præsens sit, an non: sed quamvis unus solvendo non sit, aut non sit præsens, tamen alter non teneatur, nisi pro parte: hoc in *Novel de duob. reis, §. 1. in pr. & hac auth. hoc ita, vers. sin autem.* Hoc vero statim a principio merito est animadvertendum. Nam cum hic duo rei accepti sint, quorum uterque pro altero fideiusserit: nihil aliud proponi videbatur, quam ut illi aut tanquam rei ambo, aut ambo tanquam fideiussores, aut certe unus tanquam reus, alter ut fideiussor acciperetur. Potuit quidem Iustinianus pro potestate iuris constituendi, qua præditus erat, dubitationis tollendæ caussa unum ex his eligere, atque id lege sancire. At illud certe secundum naturam & ordinem rei gestæ fieri posse non videbatur, quin unum saltem sequeretur. Nunc autem divisione ista obligationis, quam posuimus, inter istos constituta nihil istorum sequitur. Non habet istos pro duobus reis, qui vult eos teneri tantum pro parte. Nihil enim æque pugnat cum obligatione duorum reorum pro-

mit-

Digitized by Google

mittendi, quam dividi ab initio inter aliquos pro parte obligationem. *L. reos*, §. 1. *D. eod.* Non habet etiam pro duobus fideiussoribus, qui vult eos omnimodo teneri pro parte, etiamsi unus solvendo non sit: cum non aliter dividatur actio inter plures fideiussores, quam si tempore litis contestatæ omnes sint solvendo. §. *plures*, *Inst. de fid. L. inter eos*, 51. *in pr. D. de fid.* Multo minus habet unum pro reo, & alterum pro fideiussore in ista divisione; cum semper reus principalis omni iure in solidum teneatur: idque tanto magis, quod fideiussorem dedit, idque accessit ad confirmationem obligationi, *L.* 4. §. *si ex conventione*, *D. de re iud.* Sed & fideiussor quoque tenetur in solidum, saltem tunc etiam ex Novella Iustiniani, *de fideiussoribus*, cum reus principalis abest, aut non est solvendo. *Nov.* 4. *de fid.* §. 1. Quid ergo est? Dicendum est non putasse Iustinianum duos reos promittendi esse, seu solidum videri promisisse, qui quamvis verbis promiserint; tamen sic accepti sunt, ut vice mutua unus pro altero fideiuberet. Hæc enim mutua fideiussio declarat rem, pro qua isti se obligant, in commune ad utrumque pertinuisse, eosque se in ea ut in re communi obligasse: proinde & pro parte. Ubi autem pro eadem re, aut summa duo in commune accipiuntur, dividitur in viriles partes inter eos obligatio, eoque nec duo rei fiunt. *d. L. reos*, *in fin. D. eod.*

6 Quod † si convenerit, ut ex duobus istis vice mutua acceptis fideiussoribus singuli in solidum tenerentur: non minus & hic novum & singulare ius agnoscas. Nam si ambo præsentes sint & idonei, etiam in superiore conventione non vult Iustinianus eos ultra teneri, quam pro parte. *Nov. de duob. reis*. §. 1. & *hac auth. in fin.* Quod si unus solvendo non sit, aut non sit præsens, ius quidem mutat: sed ita, ut cum unus non est solvendo, non iubeat alterum continuo in solidum conveniri, sed solum quanto minus prior facere potest: cum autem unus præsens non est, tunc demum velit alterum in solidum teneri. Et hæc, inquam, non minus animadvertenda. Nam cum duo isti eandem rem promiserint, idque ipsum nominatim actum sit, ut solidum singuli deberent: nemo dubitat, quin sint duo rei promittendi, ex definitione. *L. eandem. L. reos. in fin. D. eod.* Cur non igitur non dico, ut duo rei, sed ut qui aperte solidum promiserunt, etiam in solidum teneantur, etiam si omnes & præsentes sint, & sint solvendo? Sed iam dixi, ita duos reos esse, ut simul sint vice mutua fideiussores: ut hac parte non male putaverit Iustinianus æquum esse, eos frui beneficio constitutionis suæ, qua ante caverat de fideiussoribus post reum principalem ordine conveniendis. Quod sine dubio secutus est, cum uno ex his reis absente, aut non idoneo constituto vult alterum in solidum conveniri. Nam & hoc idem constituit adversus fideiussores, cum reus principalis abest, aut non est solvendo. *Novel.* 4. *de fid.* Sed esto, hac parte congruat illa constitutio. At certe, ea parte videtur eadem illa refragari, quod illic reum principalem, cum præsens est, & idoneus, iubet Iustinianus prius in solidum conveniri: & quidem ita, ut simul vetet tantisper conveniri fideiussorem vel in totum, vel pro parte. Hic autem contra vult utrumque istum reum simul conveniri, & neutrum in solidum, sed utrumque pro parte. Si sunt duo rei, cur non conveniuntur iure in solidum; si unus reus, & alter fideiussor, cur non superiore constitutione hic utimur, ut uterque tanquam reus principalis pro arbitrio creditoris prius in solidum conveniatur, omisso altero, qui habeatur pro fideiussore? Et recte hoc quæreretur, si aut duo rei tantum essent, aut unus certus tantum reus, alter tantum fideiussor. Nunc autem sic unus reus est, ut sit etiam alter: & sic unus fideiussor, ut sit & alter eodem tempore fideiussor. Hæc conditio personarum eo rem deducit, ut neque singuli tanquam rei principales in solidum conveniri possint, quia sunt & fideiussores, si modo his fideiussorum beneficium tribuere volumus: neque unus tanquam reus prius, quam alter quasi fideiussor, quia & alter reus est. Cui consequens est, ut si unus ut reus potest conveniri, possit conveniri & alter, qui etiam reus est. Et quoniam non possunt conveniri ita, ut singuli solidum præstent, cum res una in obligatione versetur: restat, ut conveniantur pro parte, quoad eius fieri sine incommodo creditoris potest: quod tunc accidit, cum ambo & solvendo sunt, ut possint partem, quam debent, præstare; & sunt præsentes, ut possint præstare in præsentia. Illud iniquum esse fortasse quis dixerit, cum convenerit, ut singuli in solidum tenerentur, hanc pactionem creditori non servari. Occurrit obiectioni Iustinianus in *d. Novell. de duob. reis*. illic, *sic enim & illis:* & innuit, ideo non esse iniquum, quia fideiussoribus istis consulatur hac divisione, & nullo damno ex ea re creditor afficiatur. Hoc sentit: quod alii prosit, tibi non noceat,

noceat, humanum esse, id cuique concedi, etiam si summo iure in ea re deficiamur: sententia Pauli in *L. 2. §. quanquam, ff. de aq. plu. arc.* Ita in summa duo isti rei, iidemque vice mutua accepti fideiussores a duobus, quorum unus sit reus, alter fideiussor, una hac re differunt: quod dum ambo solvendo sunt, & præsentes, conveniuntur ambo: & conveniuntur singuli pro parte, quia necessitas cogit ita eos conveniri: quod secus fit in reo & fideiussore. At si unus ex duobus istis reis, de quibus agimus, pro parte solvendo non sit, aut non sit præsens: hic plane sequimur constitutionem Iustiniani de fideiussoribus, ut tanquam si ille in parte quam debet, esset principalis; sic possit alter tanquam huius fideiussor pro ea quoque parte conveniri; quod illius constitutionis ius est, cum de fideiussore conveniendo agitur.

7 Quid tamen, † si dum unus ex istis reis abest, præsens conventus spatium petat, intra quod absentem evocet, & creditori exhibeat? an impetrare debebit? Nam hoc impetrat fideiussor, cum pro absente reo convenitur. *Nov. de fid.* §. 1. Et putem in proposito hunc quoque reum absentis nomine in solidum conventum idem impetrare debere, quia & hic fideiussor est; & cum absens partem debuerit: apparet præsentem eius partis nomine conventum tanquam fideiussorem conveniri. Et cur ad præsentem reum venitur iisdem conditionibus, quibus ex priore constitutione Iustiniani, *de fideiussoribus* venitur ad fideiussorem, nisi quia & hic reus habetur in hac re pro fideiussore, ut & vere fideiussor vice mutua acceptus est? Quod si & hoc tribuitur fideiussori, quia non magnum damnum est in mora modici temporis; *L. si debitori, D. de iud.* cur non tribuamus & huic reo, cui Iustinianus in divisione tamdiu consultum esse vult, dum nullum damnum patiatur actor? *d. Nov. de duob. reis.* vers. *sic enim & illis.* Neque vero refragatur constitutio, quasi quæ præcise velit, si unus absit, alterum conveniri. Non enim simpliciter dicitur superiore conditione alterum conveniri: sed teneri in id, quod creditor ab alio accipere non potuit. At non prius certum est, eum non potuisse id ab alio consequi, quam constiterit absentem evocatum esse, neque venisse.

Hoc iure posito, unumquemque ex duobus istis reis conveniri posse in solidum, si alter solvendo non est, aut non est præsens: quærendum fuit de his conditionibus quando videantur exstitisse, ut sit solidi exactioni locus.

8 Et † solvendo non esse, seu non esse idoneum intelligimus eum a quo creditor suum consequi non potest, idque constitutio significat. *Novel. de duo. reis*, vers. *si vero minus*. Quid ergo, si de eo inter actorem, & eum, qui in solidum convenitur, sit controversia, quia conventus dicat alterum esse solvendo, actor neget? Et Iustinianus huius rei probationem vult esse actoris: cuius facultatem commodam illi suggerit, & sine ullo ipsius incommodo. Vult enim ambos reos simul de universa summa conveniri, cum degunt in eodem territorio, rem communiter disceptari, utrumque in commune condemnari. Sic deinde in exsecutione sententiæ discuti singulorum facultates pro ea parte, in quam vult eos teneri. dicta *Novel. de duo. reis*, vers. *Sin autem iisdem*, & hæc *Authen. hoc ita*. Hæc vero discussio declarabit, quid quisque habeat in bonis, & an hæc ad cuiusque partem dissolvendam sufficiant. Si sufficient, habemus eos, qui sunt solvendo, nec iam amplius creditor quam partem ex singulorum bonis capiet. Si unius non sufficient, quantum deerit ad præstationem partis, tanto minus erit solvendo, & eatenus alterum onerabit: quod & actione iudicati actor ab altero consequetur.

Eum † qui præsens non est, seu absentem varie in usu iuris dici constat: quos modos collegit Accursius *in Novel de fid.* §. 1. ad verbum, *præsentes*. Nec difficilis est animadversio, proposita unaquaque lege, in qua absens nominatur. Ut enim est locus, de quo in lege agitur, ita necesse est absentem varie accipi eum, qui ab eo loco abest, cum præsentia & absentia personæ ad eum locum referatur. Qua ex regula, si quæratur, quem hic præsentem, aut absentem intelligere debeamus: recte dicemus cum Accursio in eo loco, quem supra indicavi, præsentem in illa constitutione *de fideiussoribus* (quod & in simili re ac iure ad hanc constitutionem pertinet) accipiendum eum, qui est in territorio, in quo cum altero præsente agitur: etiam si forte non sit in iure, aut in ipsa urbe atque adeo in locis continentibus. Absentem contra, eum qui non sit in eo territorio, etiamsi sit forte in eadem provincia. Hoc ideo: quia in utraque constitutione notatur is locus, in quo cum uno præsente in solidum agitur: placetque, si uterque sit in eo loco, dividi debere actionem; sin unus absit, alterum, cum quo agitur, in solidum teneri. Id non obscure declarat dicta *Novell. de fid.* §. 1. vers. *si vero intercessor*, 9

sor, cum absurdum esse dicit creditorem alio mittere, quam ubi cum fideiussore agit, & potest ab eo pecuniam exigere. Is porro fideiussor est is, cum quo agitur in solidum omisso reo principali, qui dicebatur abesse. Nec alia est huius constitutionis hypothesis, aut ratio in præsente reo conveniendo, cum alter abesse dicitur. Quid, si & hic de eo qui abest, sit controversia: dum scilicet creditor tanquam unus absit, agit cum altero præsente in solidum; qui autem convenitur, dicit alterum præsentem esse, aut se nescire, an absit, & prius id explorari, & absentem esse sibi probari postulat? Utri probationem imponimus: actorine, ut probet eum, de quo contenditur, non esse in eo territorio, in quo cum præsente agitur, nec ante procedat eius intentio: an vero reo convento, ut probet alterum esse præsentem, ne secum agatur, atque hoc non probato actionem creditoris omnino excipere debeat? Et cum non detur hac constitutione actio adversus unum in solidum, nisi hac conditione, si alter præsens non sit: est hic quoque actoris ante omnia docere illum alterum abesse, atque hoc modo extitisse actionis conditionem. Nisi enim conditio extiterit, nulla esse potest actio. *L. cedere, D. de verb. sig.* Nec satis est dicere exstitisse, nisi probes. *L. 2, D. de prob.* Neque hoc probare difficile est creditori. Id consequetur hoc modo, si domum eius mittat apparitorem, per quem in ius vocetur, & neque ibi reperiatur, neque quisquam exsistat eius nomine defensor, iuxta formam præscriptam in *L. 4. §. prætor, D. de dam. infect.*

10 Sed † cum hic duæ tantum sint conditiones ad alterum in solidum conveniendum, si alter solvendo non sit, aut si absit: quid fiet, si unus & idoneus, & præsens erit, sed præsens conveniri non possit? quod multis de caussis accidit. Quid enim, si ex duobus reis, qui vice mutua fideiussores accepti sunt, unus sit pupillus, aut servus, qui obligetur tantum naturaliter? ut in specie *L. si ex duobus, §. 1. D. de fid.* Quid si sit, qui obligetur civiliter, sed restitutus sit in integrum beneficio ætatis? ut in specie *L. si Titius, D. de fid.* Quid, si unus acceptus in diem, aut sub conditione, & ante quam dies venerit, cum altero in solidum agatur? ut in specie *L. si plures, D. de fid.* Finge etiam pupillum præsenti die recte obligatum tutore auctore sine spe in integrum restitutionis; sed abesse tutorem, sine cuius auctoritate pupillus conveniri non potest. *L. 1. §. 1. D. de adm. tut.* Quid, inquam, fiet in his omnibus caussis? An qui conveniri non potest, habebitur pro absente, ut sic ex conditione legis alter possit in solidum conveniri? an vero quia idem & solvendo est, & præsens est, alter convenietur tantum pro parte, quia conditio legis, quæ actionem tribuit in solidum, deficit? Dicemus satis haberi pro absente in proposito, qui iure conveniri non potest, aut non potest in præsentia: eoque, quanvis idem solvendo sit, & præsens corpore; tamen tanquam absente eo nihilominus alterum in solidum conveniri posse. Idque mens & sententia legis exigit. Cur enim uno absente placet Iustiniano alterum in solidum teneri? Explicat Iustinianus *in Novell. de duob. reis*, versic. *si vero minus*, & quanvis non exprimeret; tamen est in promptu: quia videlicet absens conveniri non potuit in eodem territorio, nec potuit ibi creditor ab eo partem quæ debetur, accipere. Atqui multo minus conveniri ibi potuit, qui omnino iure non potuit, neque illic, neque alibi: multoque minus potuit creditor ab eo suum consequi. Quare & multo magis hoc casu adversus alterum in solidum actionem dari voluit, atque hoc modo creditori consuli: omninoque ita ius est, quibus in caussis ratio legis versatur, in his idem æstimari debere, quia ea sit sententia & voluntas legis. *L. illud, D. ad leg. Aquil. L. non possunt, L. nam ut, D. de legib.* Neque hic distinguemus, utrum creditor ignorarit unum ex reis in ea caussa esse, ut posset non conveniri; an vero sciverit, quasi si sciverit, ei nocere debeat. Hæc enim distinctio in duobus reis recipienda non est, de quibus nominatim convenerit, ut singuli in solidum tenerentur: ac de his nunc agimus: cum ideo creditor sibi caverit ab altero solidum: quia sciebat se ab altero invito partem non posse consequi. Plane † si 11
proponas per creditorem factum esse, ne unus teneretur: non nocebit ea res alteri, quominus & is pro parte semper teneatur. Vetant regulæ iuris, quæ dictant; neminem alterius conditionem facere posse deteriorem: item, alteri per alterum iniquam conditionem inferri non posse: item, factum cuique suum, non adversario nocere debere, *L. solvendo, D. de neg. gest. L. non debet alteri, L. factum cuique, D. de reg. iur.* Finge unum pacto creditoris liberatum; aut creditorem vel non petendo intra tempora constituta, vel male agendo ab uno cecidisse; aut unum dolo malo inductum, ut promitteret: quibus in caussis factum creditoris alteri

Digitized by Google

teri confideiussori, aut coututori ad eum in solidum obligandum non nocere responsum est, *L. si pupillus*, *D. de adm. tut. L. si Titius*, *in fin. D. de fid.* congruit *L. Stichum*, *§. pen. D. de sol.*

12 Sunt † igitur hactenus constitutæ conditiones hæ tres, quarum unaquaque existente placeat quemque ex duobus reis, etiam qui vice mutua fideiussores accepti sunt, in solidum teneri: si alter scilicet non sit solvendo; si præsens non sit; si præsens conveniri non possit, idque facto, aut culpa creditoris non acciderit postea. Addemus ex iure communi quartam conditionem, quæ & vulgo recte recepta est: si ita convenerit de singulis in solidum conveniendis, ut beneficio divisionis hac constitutione sibi tributo renuntiarent. Sic enim ius perpetuum est, licere unicuique iuri pro se introducto renuntiare, *L. pen. sup. de pact. L. pactum*, *D. eod. L. si iudex*, *D. de min.*

AD TITULUM XLI.

COD. DE FIDEIUSSORIBUS, ET MANDATORIBUS.

SUMMARIA.

1. *Cautionum genera duo, & quæ.*
2. *De fideiussoribus cur hoc loco, non coniunctim cum pignoribus.*
3. *Intervenientium pro aliis species.*
4. *Fideiussores, qui.*
5. *Expromissor quis, & quid a fideiussore differat.*
6. *Fideiussorum obligatio.*
7. *Fideiussores unde dicti.*
8. *Mandatores qui, & quæ eorum obligatio.*
9. *Constitutæ pecuniæ rei, qui; & quid intersit inter horum & fideiussorum obligationem.*

Fideiussoribus tunc locus est, cum id agitur, ut creditori magis cautum sit.
1 *Inst. eod. tit. in prin.* Cautionum † duo genera. Nam aut pignoribus cavetur, aut reis, idest, iis, qui pro alio rei fiant. *L. 1. §. iubet*, *D. de collat. bon. L. 4. §. addici*, *D. de fid. liber.* De pignoribus supra diximus. His adiungetur alterum cautionis genus, quod est positum in perso-
2 nis pro aliis intervenientium. De † quo tamen genere potius hoc loco separatim traditum est: quia fideiussores, qui sunt horum reorum numero, verbis constituuntur: ut proinde placuerit tractationem de verborum obligationibus præmitti. Reo-
3 rum, † qui pro alio, qui idem principaliter debiturus sit, interveniunt, tres sunt species: fideiussores, mandatores & qui constituunt, *Novel. 4. de fideiuss. §. pen.*
4 Fideiussores sunt, † qui pro alio obligato una idem promittunt verbis. *L. 5. §. satis acceptio*, *D. de verb. obl.* Itaque desiderat fideiussio res duas ad obligationem: in forma contrahendi, verba seu stipulationem; in caussa, alienæ obligationis susceptionem. Sine stipulatione non constituuntur fideiussores. *L. blanditus*, *inf. hic. d. L. 5. §. satis acceptio*, *de verb. obl.* Nisi autem fideiussor alienam obligationem in se, non dico, transfert, sed suscipit, ut distinguuntur ista in *L. 1. sup. ad Vellei.* ut sic ad alienam obligationem fideiussor accedat: non obligatur, ac ne fideiussor quidem est *§. fideiussores*, *Inst. eod.* Inde fideiussores adpromissores dicti: quia scilicet ad id, quod alius debuit, accedentes idem promittunt. *d. L. 5. §. satis acceptio.* Inde etiam dicti accessiones principalis obligationis, sine qua nec consistunt *d. §. fideiussores. Inst. eod.* Ex quo illa: nisi quid debeatur, & principalis obligatio aliqua præcedat, fideiussores obligari non posse. *L. is cui bonis*, *D. de verb. obl.* Item, fideiussorem in maiorem quantitatem aut deteriorem caussam obligari non posse, *d. §. fideiussores ita.* Postremo, principali reo liberato & fideiussores liberari: quoniam principali caussa non subsistente, non possit esse accessioni locus *L. in omnibus speciebus. D. de solut. L. cum principalis*, *D. de reg. iur.* Sed ut obligationem præcedentem requirimus, cui fideiussor accedat, quo is obligetur: ita qualiscunque obligatio præcedat, nihil interest, utrum civilis, an naturalis; & civilis, utrum verbis contracta, an re, an literis, an consensu solo. *§. 1. Inst. eod.*

Sane † fieri potest, ut quis obligationem alienam in se suscipiat liberato priore reo, aut eo nomine non obligato; cum tamen obligari deberet: qui in usu iuris dicitur expromissor, *L. & eleganter*, *§. servus pactionis*, *D. de dolo. L. qui liber-* 5

bertinus, *in fin. D. de oper. liber.* Sed hic fideiussor non est, neque adpromissor; quia non idem cum alio promittit, unde & a fideiussore ubique distinguitur. *L. ut res*, *D. de contr. empt.* §. *vendita*, *Inst. de rer. divis.* Quamobrem & ad hunc
6 tractatum nihil pertinet. Cum † autem dicamus fideiussores verbis constitui: ex eo apparet, quam teneantur, & quo iure. Quisquis stipulanti quid promittit, iure civili obligatur. §. *de constituta*, *Inst. de act. Inst. de verb. obl. in pr.* Proinde hæc ipsa fideiussorum obligatio est. Dicuntur
7 † fideiussores, ex formula vetere in fideiussoribus constituendis recepta. Interrogabantur enim adpromissores futuri, an id quod ab alio debetur, fide sua esse iuberent, idest, vellent id constitutum esse fide sua, & an in eam rem fidem suam obstringerent: respondebant illi se iubere esse fide sua, ut indicatur in §. *pen. Inst. eod.* Alioqui omnes debitores etiam principales fidem suam obstringunt. *L.* 1. *D. si cert. pet.*

8 Mandatores † in iis qui pro aliis intercedunt, dicuntur, qui ad creditorem futurum veniunt, & eum rogant, ut pecuniam credat debitori futuro. Nam cum his creditor ita pecuniam credit, duo ex ea caussa obligantur: primum is, cui ea pecunia credita est, qui obligatur ex caussa mutui, qui idem reus est principalis, ut cuius caussa mutuum comparatum sit. Alter is, qui mandavit, qui ex mandati caussa tenetur creditori contrario iudicio mandati, ut illi præstet, quod is rogatus credidit. Nascitur hæc obligatio ex consensu, ut & obligatio mandati omnis. *Inst. de obl. ex cons.* Sed nihilominus eadem vis est obligationis huius, quæ & stipulationis, qua fideiussores constituuntur. Quid distent mandatores a fideiussoribus, ex his definitionibus manifestum est.

Qui † pecuniam ab aliquo debitam vel 9
pro se vel pro aliis constituunt se soluturos, hi non minus quam superiores ex constituto obligantur: quanvis neque verbis, & stipulatione fidem suam adstringant, neque quidquam mandent creditori, sed potius his mandetur, ut constituant, §. *de constituta*, *Inst. de act.* *L.* 1. & toto Tit. *D. de const. pec.* Roget igitur aliquis: cum omnis, qui pecuniam constituit, nudo pacto pro aliis obligetur, quid adeo opus sit stipulatione ad fideiussores constituendos. Nempe ideo opus est: quia utrum fideiussores verbis constituantur, an quis pecuniam solo pacto constituat, multum interest. Fideiussores statim & sine ulla conditione tenentur, siquidem pure accepti sint. Qui autem pecuniam constituit, non tenetur, nisi certis conditionibus edicto prætoris de hac caussa comprehensis. Nam si per actorem steterit, quo minus fieret, quod constitutum est: qui constituit, non tenetur, *L. si duo*, 16. §. 1. *D. de const. pec.* sed nec tenetur ante, quam dies saltem decem præterierint, *L. promissor Stichi*, *D. de const. pec.*

Ad L. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Lysiæ.

Si Lysias adempta parte bonorum exsulare iussus est: non nisi pro parte, quam retinuit, creditoribus obligatus est. Verum qui pro eo fidem suam adstrinxerunt, iure pristino conveniri possunt. PP. Idib. Octobr. Severo A. III. & Victorino Coss.

SUMMARIA.

1. *Publicatis extranei debitoris bonis, aut parte bonorum, ita damnatum liberari, ut fiscus eatenus damnato succedat cum suo onere.*
2. *Publicatis bonis fideiussores damnati quamvis liberati nihilominus teneri: & quam recte.*
3. *Extra quam si damnatus, ex alia caussa liberatus sit, quam damnatione*, & L. 4. in pr. D. si quis caut. *sententia*.
4. *Damnato debitori suo si fiscus succedat, & penitus tolli obligationem, & liberari fideiussores.* L. in fraudem, §. si principalis, D. de iur. fisc. *explicatur*, ibid.

1 QUoties † quis ita damnatur, ut ex damnatione eius bona publicentur sive universa, sive pro parte (quod posterius in quibusdam iudiciis accidit, ut lege Iulia de vi privata, §. *item Lege Iulia de vi*, *Inst. de pub. iud.*) toties damna-

mnatus, si quid prius debuit, pro ea parte liberatur, pro qua bona publicata sunt. Neque ideo constitutum est, ut damnatio prodesset debitori, quod esset iniquissimum; sed quia bonis publicatis sic tanquam mortuo fiscus eatenus damnato succedit, & succedit cum suo onere: ut iam pro damnato fiscus tanquam successor incipiat teneri, *L. 2. infr. ad L. Iul. de vi. L. cum tabulis, in fin. D. de his quæ ut indig. auf. L. fiscus, in princ. D. de iur. fisc.*

2 Ea † res facit, quod hic traditur, ut si damnatus fideiussores dederit, nihilominus publicatis bonis fideiussores in solidum, ut prius, teneantur. Etsi enim principalis reus liberatus videatur; tamen eius persona sublata superesit fiscus, qui in eam obligationem succedit, & ita succedit, ut nihilominus eadem persona cum defuncto esse videatur: hæc enim conditio est personæ heredum, *Novel. de iureiur. a morien. præst. L. quædam, §. 1. D. de eden.* Quapropter nihil hanc sententiam offendit regula iuris, qua efficitur, liberato reo etiam liberari fideiussores. *L. in omnibus speciebus, D. de solut.* Hinc enim effectum est non liberari principalem reum, qui successorem habet, ut qui in persona heredis debere adhuc intelligatur.

3 Sane † si damnatus reus ita liberetur ex aliqua caussa, ut nec heres eius ex eadem caussa teneatur: probandum est principali caussa ita sublata, etiam fideiussorem liberari. Id accidit in ea caussa, cum is qui promiserat se iudicio sistiturum certa die, & in eam rem fideiussorem dederat, ideo non stetit: quia iudicio capitali damnatus erat, vel morte, vel exsilio. In qua specie scriptum est in *L. 4. in pr. D. si quis caut.* promissorem quidem ex ea stipulatione certo non teneri, quia exceptionem habet; sed adiicitur, nec teneri fideiussores. Atqui in ea specie bona damnati publicata sunt, & in eius locum fiscus successit, ut est in specie huius loci. Ita est; sed longe dissimilis est liberationis caussa utroque in loco. Nam cum quis ideo non venit in iudicium, quia damnatus est: nempe ideo non venit, quia non potest venire sententia prohibitus: quod cum accidit, toties adversus actionem ex ea stipulatione comparatam datur promissori exceptio, *L. 2. D. si quis caut.* Unde rursum evenit, ut non magis teneantur promissoris heredes, quam ipse promissor, quoniam impossibilium nulla obligatio est, *L. impossibilium. D. de regul. iur.* proinde nec fiscus post damnationem tenetur. Quod si ita est, consequens est regulæ iuris nec fideiussorem ex ea caussa teneri, *d. L. in omnibus speciebus, D. de solut. L. cum principalis, D. de reg. iur.* Verum † huic rescripto, atque isti damnationi opponitur generalis definitio *L. in fraudem, §. si principalis, D. de iur. fisc.* ubi hæc Pauli verba sunt: *si principalis rei bona ad fiscum devoluta sint, fideiussores liberantur.* Sed de alio, atque alio debitore hæc dicta sunt. Agitur hoc rescripto de debitore extraneo, cui cum fiscus succedit, non ideo successione obligatio tollitur, sed confirmatur: hac manente etiam fideiussores obligatos teneri necesse est. Pauli autem definitio superior de principali reo qui fisco debuerit, intelligenda est: cuius postea bona ad fiscum creditorem devoluta sint, idest, cui fiscus successerit. Nihil certius, quam in universum hoc casu fideiussores liberari. Hic enim creditor debitori succedit, quod cum fit, obligatio confusione tollitur, *L. Stichum, §. aditio, D de solut. L. debitori, supra de pact.* Obligatione principali hoc modo sublata fieri non potest, quin & fideiussores liberentur, *d. L. in omnibus speciebus, L. 4 hic.* Et ut sequentia verba illius definitionis Pauli obiter explicemus, subiicit Paulus, ut est lectio Pandectarum Florentinarum; *nisi forte minus idonei sint, & in reliquum non exsolutæ quantitatis accesserint.* Quorum verborum hæc est sententia: Fideiussores superiore confusione liberantur, nisi sint fideiussores rei principalis minus idonei, idest, rei, qui non sit solvendo: ut fideiussores in eam quantitatem, in quam reus principalis solvendo non fuit, sese obligaverint, ut in specie *L. decem, D. de verbor. obl.* Itaque hæc exceptio hæc declarat: etiam tunc, cum fiscus debitori suo succedit, nihilominus fideiussores debitoris teneri, si principalis debitor partem solvere non potuit, & nominatim fideiussores in eam partem intervenerint. Alia lectio fuit tempore Accursii, quam ille commemorat ad eum locum, in hæc verba; *etsi minus idonei sint, & in reliquum non exsolutæ quantitatis* accesserint, *etsi* pro *nisi*. Lectio superiori contraria. Nam prior illa de definitione proposita excipit eos fideiussores, qui pro reo minus idoneo intervenerint. Posterior etiam in hoc casu retinet definitionem, ad hanc sententiam: ut cum ad fiscum bona rei principalis pervenerint, fideiussores omnino liberentur; nec ad rem pertineat, an reus principalis solvendo fuerit, & fideiussores in eam quantitatem, quæ exsoluta non est, intervenerint. Nunc cum ne

in

in eam quidem quantitatem fideiussores amplius teneantur: hæc lectio & sententia nobis retinenda est, priore repudiata. Est enim iuris certi, cum fiscus debitori suo succedit, obligationem rei tolli confusione, etiamsi reus principalis solvendo non fuerit. Nam si obligatio rei principalis tunc tollitur, & fisco amittitur, cum reus solvendo fuit: multo magis tolletur tunc, cum reus solvendo non fuit: denique sive reus solvendo est, sive non est, semper debitor pariter obligatur. Atqui hæc obligatio omnis confusione tollitur, quoties creditor succedit debitori, *d. L. debitori, supr. de pact. L. Stichum, §. aditio D. de solut.* Obligatione principali sublata, necesse est etiam fideiussores liberari sine exceptione: quia ut iam aliquoties diximus, fieri non potest, ut sublata caussa principali accessioni sit locus. *d. L. in omnibus speciebus, & §. fideiussores, Inst. de fid.*

Ad L. Creditori. 2.

Iidem AA. Plotio.

Creditori qui pro eodem debito & pignora & fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam in qua se obligaverit: quod cum facit, debet ius pignorum in eum transferre. Sed cum in alia quoque caussa eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur. Dat. V. Kal. Febr. Apro II. & Maximo Coss.

S U M M A R I A.

1. *Fideiussorem non prius conveniri posse, quam aut abiisse probetur reus, aut non esse solvendo.*
2. *Fideiussorem quamvis recte conventum non prius cogi solvere, quam cessit sibi a creditore in debitorem actionibus & pignoribus, & quo iure, quamque recte id tributum fideiussori.*
3. *Pignora in aliam quoque summam obligata, quam in quam fideiussor tenebatur, fideiussori cedi necesse non esse.*

Hic locus est de vi & effectu obligationis fideiussoriæ. Cum fideiussor stipulatione obligetur: si hic stipulationis & obligationis eius, quæ inde nascitur, regulas sequeremur: consentaneum erat, ut fideiussores a creditore, eodemque stipulatore statim conveniri possent, & ita conveniri, ut fideiussores conventi necesse haberent solvere, etiamsi creditor vicissim eis nihil præstaret. Sic enim ius est de stipulatione, omnique obligatione pura, ut quod pure promissum est, id statim a promissore peti possit, *§. omnis, Instit. de verb. oblig.* Et si creditor vicissim nihil promisit, nihil habet debitor, quod iure suo possit ab eo exigere. Conditionem enim stipulationis ab initio constitutam mutare non potest neque creditor, neque debitor, *L. vero, D. de solut. L. habere, D. de evict.* Sed de his singulare constitutum est in persona fide-
1 iussorum. Ac † primum ita quidem ex suprascripta regula ius vetus erat, ut liberum esset creditori statim fideiussorem convenire omisso principali reo, quod ius traditur in princ. huius *L. 2.* item *L. 3. & L. 5. eod. tit.* Hodie contra ex constitutione Iustiniani, qua id ius mutatum est, *Nov. 4. de fideiuss.* cuius summa expressa est in *auth. præsente, inf. hoc tit.* de qua ibi dicetur. Præterea † hoc pro- 2
prium fideiussoriæ obligationis, ut non prius fideiussores cogantur creditori solvere, quam ille actiones suas adversus reum & pignora ab eo accepta cesserit, ut declaratur hac *L. 2.* item *L. cum is, 36. D. eod.* Sed unde hoc ius petitum, cum repugnet naturæ obligationis? Non sane ex communi iure, & potestate obligationis, sed ex æquo & bono. In eamque rem datur fideiussori doli mali exceptio qua excludatur creditor, qui non oblata actione & pignoribus ius suum persequatur. Exceptionis ratio & æquitas hæc est. Scimus exceptionem doli mali competere adversus eum, qui subtilitate iuris fretus aliquid contra naturalem æquitatem petit, *L. 1. D. de doli ma. & met. exc.* At æquum est, creditorem cum illi pecunia solvitur a fideiussore, actiones suas fideiussori cedere. Id enim fideiussori prodest, & cedenti nihil nocet; & præterea

etiam in eam rem creditor pecuniam accipit. Quod præstitum accipienti prodest, nobis nihil nocet, id secundum naturæ æquitatem est cuivis præstari etiam ignoto, *L. 2. §. quamquam, D. de aq. & aq. plu.* Ita hanc cessionem fideiussori denegare hoc prætextu, quia de eo nihil convenerit, est contra naturæ æquitatem facere per subtilitatem & occasionem iuris summi. Quare & adversus eam denegationem doli exceptioni locus est. Quod
3 † tamen dictum est, creditorem pignora a debitore accepta fideiussori cedere debere, recte monemur hoc rescripto sic temperandum esse, si pignora tantum in eam summam, quæ a fideiussore solvitur, obligata sint: quo casu cessio creditori nihil nocitura est. Diversum esse, si ea pignora præterea a debitore in aliam summam sint obligata. Nam tunc creditor pignora fideiussori cedere non potest, quin in illam summam amittat pignorum persecutionem. Sic cessio a creditore exigenda est, ne illi noceat. Quapropter recte placet non aliter impetrare debere fideiussorem, ut sibi cedantur pignora, quam si paratus sit omnem pecuniam, quæ debetur exsolvere.

Ad L. Non recte. 3.

Iidem AA. Maximo.

Non recte procuratores nostri, si allegationi tuæ fides adesset, audiri te noluerunt ex bonis fideiussoris, quæ ad fiscum pervenerunt, pecuniam repetentem, sed reum principalem convenire iusserunt, cum electionis potestas permittatur creditori. Sed cum duos fideiussores accepisse te proponas: si alter idoneus est, intelligis te divisa quantitate partem competentem a Procuratore nostro petere debere, & adversus alium fideiussorem eius experiri. Nam licet significes adiectum esse in obligatione, ut singuli in solidum teneantur: tamen nihil hæc res mutat conditionem iuris & constitutionem. Nam & cum hoc non adiicitur, singuli tamen in solidum tenentur: sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur. PP. XVII. Kalend. Septembr. Antonino A. III. & Geta III. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Fideiussores plures, singulos iure non tantum vetere, sed & novo in solidum teneri, quatenus cæteri solvendo non sint.*
2. *Inter plures fideiussores si omnes solvendo sint, dividi obligationem ex epistola D. Hadriani, sed per exceptionem duntaxat, non ipso iure, & quis effectus.*
3. *Beneficium tributum solum pluribus fideiussoribus unius debitoris, non plurium debitorum, etsi unius summæ fideiussores sint.*
4. *Beneficium denegatum pluribus fideiussoribus tutorum; & cur.*
5. *Fideiussores plures an omnes solvendo sint ad beneficium divisionis, spectandum tempore litis contestatæ: & hoc quam vim habeat.*
6. *Beneficium divisionis inter fideiussores inficiantibus denegatum.*
7. *In pluribus fideiussoribus accipiendis si convenerit, ut singuli in solidum teneantur, nihilominus eos beneficio divisionis uti posse, & cur non repugnet conventio.*
8. *Beneficio divisionis non usum fideiussorem, si solidum solverit, nullam eo nomine adversus confideiussores actionem habere.*

DUÆ sunt partes huius rescripti. Priore id ius traditur, de quo supra in *L. 2.* diximus, licere creditori omisso reo principali fideiussorem convenire: idem in *L. 5. hic.* Hoc ius immutatur *auth. præsente*, quæ sequitur, & ad huius iuris exceptionem id fragmentum pertinet. Altera pars est, qua de obligatione plurium fideiussorum comprehenditur, in qua quæritur, quatenus fideiussores teneantur: de quo ita statuendum est.

Plures † fideiussores eiusdem rei, seu 1
pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit: & sive omnes solvendo sint, sive non sint, ut in extremo huius rescripti declaratur. Neque hoc ius mutatum esse putandum est constitutione Novella Iustiniani *de duobus reis*, unde auth. *hoc ita, sup. de duobus reis*, sumpta. Ea quidem constitutione effectum est, duos reos promittendi non teneri in soli-

solidum, sed pro parte, etiamsi singuli solvendo non sint; nisi nominatim convenerit, ut in solidum obligarentur. Et potest existimari ea constitutio ad fideiussores transferri debere, ut nec fideiussores plures tanquam rei eiusdem summæ teneantur in solidum, nisi nominatim convenerit. Sed recte recepta est vulgo hæc sententia, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fideiussores non pertinere. Differentiæ ratio non est obscura. Nam plures rei promittendi eodem tempore eiusdem pecuniæ nomine accipiuntur. Unde existimari potest pro numero personarum dividi obligatio inter eos, ut illis respondentibus de centum, intelligantur singuli promisisse quinquaginta, *L. reos*, *D. de duobus reis*, *L. cui fundus*, *D. de cond. & demon.* Potest quidem accipi & illud coniectura voluntatis: quasi singuli ut verbis solidum responderunt, ita & re videantur solidum promisisse. Sed cum id incertum esset, voluit Iustinianus non aliter id accipi, quam si nominatim convenisset, ut singuli vel in solidum tenerentur. In quo sustulit dubitationis caussam, quemadmodum prius fecerat in novatione, *L. ult. infr. de novat.* At plurium fideiussorum obligatio dubitationem non habet, quin ex eorum promissione singuli in solidum obligentur. Nam singuli promittunt id, quod reus debet, & quantum debet: debet autem solidum. Quamobrem & singuli fideiussores promittunt solidum, ut ad eam rem explicatione alia apertiore non sit opus. Tenentur ergo plures fideiussores in solidum, idque sine controversia, si cæteri

2 idonei non sunt. Quod † si omnes sint solvendo, hic beneficium fideiussoribus tributum est epistola quadam Hadriani Imperatoris, ut obligatio inter fideiussores dividatur, *§. si plures*, *Institut. eod.* *L. si plures*, *D. eod.* & *hac L. in fin.* In qua divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fideiussores per exceptionem duntaxat, non ipso iure. Huius differentiæ quis sit effectus, sumendum ex *L. inter*, *26. D. eod.*

3 Sed † non tribuitur hoc beneficium omnibus, nec sine exceptione. Non omnibus fideiussoribus hoc beneficium datum; sed iis, qui non solum eiusdem summæ, sed etiam eiusdem debitoris fideiussores sunt. Cæterum inter plures diversorum debitorum fideiussores actio non dividitur. Utputa, stipulatus sum decem ab aliquo, & fideiussorem ab eo accepi. Eadem decem ab alio sum stipulatus, & ab eo quoque accepi fideiussorem: ut appareat duos eiusdem summæ fideiussores esse. Nihilominus singuli in solidum conveniuntur: non enim sunt unius debitoris fideiussores, sed plurium debitorum, & in negotio debitoris principalis sunt singuli, non plures, *L. si a Titio*, *D. eod.* Similiter si a debitore fideiussorem accepi, & a fideiussore alium fideiussorem eius nomine: duo quidem sunt hic fideiussores eiusdem summæ, sed non ideo inter eos actio dividitur: *L. si plures*, *§. ultim. D. eod.* quoniam scilicet sunt plurium debitorum fideiussores; prior debitoris, posterior fideiussor fideiussoris. Sed † & in persona plurium fideiussorum unius 4 debitoris, placuit hoc beneficium fideiussoribus tutorum non dari; sed fideiussoribus tantum eorum creditorum, qui ipsi fideiussores sua conventione accepissent: hoc in *L. ult. D. rem pup. sal. fore.* ubi & differentiæ ratio a Papiniano explicatur ad hanc sententiam: nam qui cum fideiussoribus contrahunt, possunt ab initio convenire, ut singuli fideiussores in solidum conveniantur. Quod si non fecerunt, de se queri debent. Pupillo nihil tale imputari potest in fideiussoribus tutorum: quoniam ipse cum tutore non contrahit, eoque nec cum eius fideiussoribus, sed in eos incidit.

Datur † autem hoc beneficium duabus 5 conditionibus. Una est, si omnes fideiussores idonei sint, ut hic dicitur, idest, si sint solvendo omnes, idque spectatur tempore litis contestatæ, *§. si plures*, *Inst. eod.* *L. inter.* 51. *§.* 1. *D. eod.* Quod dicimus tempus litis contestatæ in hac re spectari, id eam vim habet, ut nihil prosit fideiussoribus, qui solvendo sunt, si cæteri fideiussores aliquando solvendo fuerint ante litem contestatam, & ante solvendo esse desierint; sed qui eo tempore solvendo non est, hoc cæteros onerat, *d. §. si plures*, *Inst. eod.* E converso si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint etiam ante sententiam: ea res ad onus eius, qui solvendo est, non pertinet. Addit Papinianus, nec auxilio defendi ætatis actorem: non enim deceptum videri, qui iure communi sit usus, hoc in *L. inter eos*, *§. pen. D. eod.* Et generaliter quoties constituitur, ut inter aliquos dividatur actio, si certo tempore idonei sint, toties solvendo esse desiisse aliis non nocet, si post tempus id contigit, *L. 1. supr. de divid. tut.*

Altera † conditio est, si fideiussores non 6 negent se fideiussores esse. Inficiantibus auxi-

auxilium divisionis non tribuitur, *L. si dubitet*, *§. 1. D. eod.*

7 Quid, † si in fideiussoribus accipiendis convenerit inter creditorem & fideiussores, ut fideiussores singuli in solidum teneantur: an ex hac conventione singuli in solidum conveniri possunt? Hic rescriptum est, non eo minus fideiussores beneficio iuris uti posse, ut non nisi pro parte conveniantur: Additur ratio: quia iure hoc fit, ut inter fideiussores dividatur actio: hæc autem conventio, quæ proponitur, iuris conditionem & constitutionem non mutat. Sed huic rationi universi iuris de pactis ratio atque æquitas reclamare videtur: etsi enim hic beneficium divisionis tribuatur fideiussoribus iure: tamen beneficium est de re privata & familiari, idemque pro fideiussoribus constitutum. Atqui ius certum est licere cuivis pacisci, & paciscendo determinare conditionem suam facere, *L. iurisgentium*, *§. si paciscar*, *L. pactum*, *D. de pact.* & in universum licere iuri pro se introducto renuntiare sine exceptione, *L. pen. sup. de pact.* Proinde etiam ex hoc iure hæc conventio servanda est, ac servatam plusquam manifestum est mutare superioris iuris conditionem. De quo ita recte constituetur: negari non posse, nec debere, quin hic quoque, ut in cæteris caussis, inter privatos conventio sit servanda; sed non ideo ita esse servandam, ut singuli fideiussores conveniri possint in solidum contra iuris superioris rationem, non quia ius superius impediat; sed quia non id agatur conventione, ut id ius mutetur. Sic enim fuit conventio, ut singuli fideiussores in solidum tenerentur; at hoc ipsum & iure constitutum est, ut in solidum teneantur. Hactenus ergo conventio iuris constitutionem non mutat, sed confirmat. At enim ius constitutum est, ut fideiussores pro parte tantum conveniri possint, si omnes sint idonei. Ne hoc quidem mutat superior conventio. Non enim convenit, ut fideiussores in solidum conveniantur, sed ut teneantur; tenentur autem in solidum semper etiam tum, cum conveniuntur pro parte. Humanitatis enim caussa ita conveniuntur, ut conventio sit ipsis quam minimum damnosa; non autem ideo, quia non teneantur. Argumento est, quod si non omnes solvendo sint: hi qui solvendo sunt, tenentur, & conveniuntur in solidum. Hoc loco varie nobis occurritur. Nam primum hoc ipso, quod convenit, ut in solidum tenerentur fideiussores, convenisse intelligitur, ut in solidum convenirentur, etiamsi omnes essent idonei: quoniam verba cum effectu accipienda sunt, *L. pen. §. docere*, *D. ne quis eum qui in ius voc. est*. Effectu autem non intelligitur teneri, qui removeri non potest: quoniam dicimus creditores non esse eos, qui exceptione perpetua conveniri possunt, *L. creditores*, *D. de verb. sign.* Respondeo: etiam si interpretemur fideiussores in solidum teneri, qui conveniri tantum possint pro parte; nihilominus tamen verbum tenendi cum effectu a nobis accipi. Nam is, qui solvendo est, si cæteri non sunt solvendo, ut in solidum tenetur; ita & convenitur in solidum: si omnes solvendo sunt, etiam effectu creditor consequitur suum a cæteris: a quibus autem consequatur, nihil eius interest, dummodo consequatur. Rursum alia ratione effici dixeris, superiorem conventionem de singulis fideiussoribus in solidum conveniendis accipi debere. Etenim si ita interpretamur, ut fideiussores singuli in solidum non possint conveniri, etiam tunc, cum omnes idonei sunt: conventio est inutilis. Nam & sine conventione idem iure efficiebatur, ut hoc rescripto traditur. At in interpretatione orationis omnis hæc regula præscribitur, orationem sic accipi debere, ut omnino aliquid egisse videatur, *L. si quando*, *in prin. D. de legat.* 1. *L.* 1. *in fin. D. ad municip.* Quare hanc quoque conventionem sic interpretari debebimus, ut fideiussores idonei singuli in solidum conveniri possint, ne sit conventio inutilis. Huc facit *L. quoties in stipulationibus*, *D. de ver. obl. l. ubi*, *L. quoties in actionibus*, *D. de reb. dub.* Sed quod dicitur, conventionem sic interpretandam esse, ne sit inutilis, intelligendum est: si modo etiam ea sententia, quam accipi volumus, verbis contineatur. Nunc autem convenit, ut omnes fideiussores teneantur in solidum: his verbis non continetur, ut omnes in solidum conveniantur, cum possint teneri in solidum iure, ut certe tenentur; & tamen humanitatis caussa non conveniantur in solidum, nisi quatenus necesse sit, idest, quatenus non sunt solvendo. Bene igitur & prudenter responsum est, superiore conventione non adimi beneficium divisionis fideiussoribus. Sed † quodcunque hic beneficium est divisionis, sciamus id tribui fideiussoribus pro parte se conveniri desiderantibus. Quo neglecto si solidum solverint, sciant eo nomine actionem se tantum habere adversus debitorem, non etiam adversus cæteros fideiussores, *L. cum alter*, *inf. hoc tit.* *§. si plures*, *Inst. eod.* 8

Ad Auth.

Ad Auth. *præsente*.

Præsente tamen utroque non permittitur intercessorem conveniri, priusquam reus inventus est minus idoneus, sive in totum, sive in partem. Absente autem reo, præsens intercessor iure quidem convenitur: ipso tamen desiderante iudex definiet tempus, intra quod deducat reum primo conveniendum, ipso in subsidium reservando. Nam transacto tempore compellitur intercessor satisfacere, cessis sibi a creditore actionibus, absque distinctione contractus sive intercessionis.

S U M M A R I U M.

1. *Ad fideiussorem non prius perveniri posse, quam reus principalis aut absit, aut non sit solvendo: & quam recte id præter conditionem obligationis constitutum.*

OLim liberum fuit creditori omisso principali reo fideiussorem convenire: quod ius positum est in *L.* 2. *L.* 3. *sup. L.* 5. *inf. eod.* Id nitebatur optima ratione, si quis sequeretur conditionem obligationis. Nam fideiussores se obligarunt, non sub conditione, si reus principalis prius conveniretur; non in diem, cum aliquod spatium intervenisset, intra quod reus principalis posset evocari. Pure igitur: quo in genere regulæ iuris efficiunt, ut qui eo modo se obligavit, statim possit conveniri sine exceptione, *§. omnis, Instit. de verb. obl. L. eum, qui Kalendis, §.* 1. *D. de verb. obl.* Iustinia-
1 nus † hoc mutavit. *Novell.* 4. *de fideiuss. in pr.* unde hoc fragmentum; vetuitque, ne ad fideiussores perveniretur, nisi aut reus principalis absens esset, ut non esset eius conveniendi copia, aut ita præsens esset, ut constaret eum excussis eius facultatibus non esse solvendo. Hoc etiam addidit, ut quanvis reus abesset, fideiussori desideranti spatium a magistratu daretur, intra quod posset reum evocare, & dare creditori conveniendum. Sed quo iure, quave ratione æquitatis potuit Iustinianus actionem creditori semel quæsitam ei auferre: cum sit certi iuris, & convenientissimum rationi naturali, nulli ius suum detrahi, nulli actionem quæsitam auferri invito? *L.* 2. *D. de his, qui sunt sui, vel alie. iur. L. habere, D. de evict.* Item cum constet conditionem, quam stipulatio ab initio accepit, non posse mutari invito aut creditore, aut debitore *L. vero, §.* 1. *D. de solut.* Nempe summi iuris ratio id postulabat, ne fieret: sed constitui humanum visum est, & conveniens æquitati naturæ. Ratio humanitatis & æquitatis hæc est, quod fideiussores ad fideiubendum ex liberalitate & beneficio accedunt. Est æquissimum nulli officium suum damnosum esse, quoad eius sine iniuria creditoris consequi liceat, *L. si servus, §. quod vero, in fin. D. de furt. L. sed si quis, D. quem test. aper.* At fit sine iniuria creditoris, si prius cogitur debitorem convenire. Nam si ab eo consequitur, quod vult, malitiose amplius requirit. Si non consequitur, habet fideiussorem, ad quem regrediatur. In eo etsi nonnullum intervallum fit temporis, tamen non est magnum damnum in mora modici temporis, ut scriptum est in *L. si debitori, D. de iudic.* In his si quæritur, quem reum absentem accipere debeamus, quomodo idem abesse doceatur; quis sit non solvendo, & quomodo de eo recte constare possit; tum num quid sit hic dissimile a duobus reis, & quid sit: petendum ex iis, quæ ut in simili argumento scripsimus supra *cap.* 13. seu ad *auth. hoc ita, de duob. reis.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Novatione. 4.

Imp. Antoninus A. Rufæ.

Novatione legitime perfecta debiti in alium translati, prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos esse non ambigitur: si modo in sequenti se non obligaverunt. PP. XV. Kal. Octob. Antonino A. IV. & Balbino Coss.

QUocunque modo principalis obligatio tollitur, liberantur & accessiones, ut fideiussores, & mandatores, ut initio huius tituli diximus, *L. in omnibus*, *D. de sol.* Liberationis autem species est novatio. *§. praeterea*, *Instit. quib. mod toll. obl.* Proinde & novatione fideiussores liberari necesse est. Vide *L.* 1. *sup. etiam ob chiro. pec. pig. ten. poss.*

Ad L. Iure. 5.

Hic locus expositus est ad *auth. præsente*, *sup.*

Ad L. Si pater. 6.

Idem A. Pollæ.

Si pater tuus pro Cornelio, cum pecuniam mutuam acciperet, se non obligavit: frustra ex eo, quod tabulas obligationis ut testis signavit, conveniris. PP. II. Kalend. Iul. Messala & Sabino Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Subscribendo testamento neminem ideo videri in eandem caussam se obligasse: & cur.*

1 NEmo † instrumento de alieno negotio confecto subscribens, ideo a creditore conveniri potest debitoris nomine: quoniam creditori non ideo se obligat: idque sic recte colligitur. Si is, qui ita subscripsit, obligatur, necesse est, aut tanquam fideiussor obligetur, aut tanquam mandator, aut tanquam qui pecuniam constituit: quod intelligitur ex ea partitione, quam ab initio posuimus: exstat in *L. ult. sup. de const. pec.* Nihil fideiubet, qui nihil est stipulatus, *L. blanditus*, *infr. hic*. Non mandat, qui creditorem non rogavit, ut pecuniam crederet. Non constituit, nisi qui pacto & consensu constituit se pecuniam debitam soluturum. Ex subscriptione porro hic consensus non arguitur. Nihil enim prohibet, quo minus quis videat, quid geratur, & rebus gestis subscribat; & tamen non probet, quæ geruntur, aut quo minus probet quidem, sed tamen fidem suam nomine alieno non interponat. Ita eum subscriptio sine consensu esse potest: ex subscriptione, ut dixi, non recte consensus colligitur, quod & scriptum est in *L. neque natales*, *sup. de prob.* Sed pater est, qui subscripsit obligationi cum filio contractæ. Nihil hoc facit ad obligandum patrem: quandoquidem ut filius pro patre conveniri non potest; sic nec pater pro filio emancipato *L.* 1. *L.* 2. *supr. ne filius pro patre*.

Ad L.

Ad L. Si creditor. 7.

Idem A. Eroti.

Si creditor conditioni mandato adscriptæ, cum pecuniam mutuam daret in accipiendis hipothecis, non paruit: frustra te iudicio mandati convenit, quando non aliter te obligasse intelligaris, quam si pignoribus contraheretur obligatio. PP. Kalend. Iul. Laeto II. & Cereale Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Pecunia non per omnia ita credita, ut mandatum est, mandatorem crediteri non teneri.*

MAndatores non minus, quam fideiussores diximus initio huius tituli a creditore conveniri posse, idque iudicio
1 mandati. Hoc † ita est, nisi is, qui mandavit pecuniam credi, certa lege & conditione mandaverit, & ei legi creditor non paruerit. Diligenter enim fines mandati custodiendi sunt: atque his non servatis non intelligitur quisquam implesse mandatum, *L. diligenter, D. mand.* Hinc est, quod hic dicitur, cum quis mandavit creditori futuro, ut pecuniam Titio crederet pignoribus ab illo acceptis, si rogatus credidit, neque pignora accepit, actionem eum mandati adversus mandatorem non habere: scilicet quia, ut dixi, mandatum non implevit. Dices, non debere nocere creditori, quod pignora a debitore non acceperit, quoniam pignora illius caussa accipiuntur: licuit autem ei, quod pro se est, contemnere, *L. si iudex, D. de min.* Sed non eius tantum caussa pignora accipiuntur, verum & mandatoris. Interest enim mandatoris, cum pecuniam solvit creditori, cedi sibi actiones & pignora, quæ creditor habuit, ac nisi his cessis non cogitur solvere, *L. 2. sup.* Quare cum creditor in proposito non habeat pignora, quæ mandatori cedat: recte mandator actionem adversus se recusabit: præsertim cum creditoris culpa factum sit, quo minus pignora illi cederet.

Ad L. Filiusfamilias. 8.

Imp. Alexander A. Longo.

Filiusfamilias qui pro patre, quamvis in venditione fundi, fideiussit, tenetur. PP. II. Idus Octobris, Maximo II. & Æliano Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Filiumfamilias quamvis pro patre vendente fideiubentem obligari, & quæ in eo dubitandi caussa.*

FIliusfamilias ex omnibus caussis obligatur non secus, ac quivis paterfamilias, *L. tam ex contractibus, D. de iudic. L. filiusfamilias, D. de obl. & act.* Ergo & si fideiusserit, obligabitur: id, quod constat, si pro quovis extraneo fideiusserit, *L. 3. §. si filiusfamilias, §. sed si filius, D. de pecul.*
1 Quid, † si fideiusserit pro patre? placet eum nihilominus teneri, ut hic scriptum est: in quam sententiam & loci complures notantur ab Accorsio. Sed cur in patre dubitamus potius? quia vetus est circa fideiussores dubitatio, an iis fideiussoribus succurrendum sit adversus creditorem, qui cum solverint, actionem nullam habeant adversus eos, pro quibus fideiusserunt: quod indicat *L. Marcellus, D. eod.* Ex hoc autem numero est filiusfamilias, qui pro patre fideiubet: quoniam inter patrem & filium, qui in eius potestate est, nulla nascitur actio, *§. hi qui, Instit. de obl. quæ ex del. nasc.* Sed non placuit hanc idoneam esse caussam, cur fideiussoribus succurratur: quæ sententia est *d. L. Marcellus, D. eod.* Eadem sententia

tentia & ad filiumfamilias pertinebit pro patre fideiubentem. Et merito ob hanc caussam fideiussori subveniri non potest. Nam si fideiussor salvum habere non potest, quod solvit creditori, ipsius damnum est. Non debet damnum suum ad alterius iniuriam referre, & creditorem decipere, argum. in *L. 3. in princ. D. de transact.* Sed cur additum est in hoc rescripto, *quamvis in venditione fundi filius fideiusserit?* Videri potest additum huius dubitationis removendæ caussa. Nam filius vivo patre quodammodo existimatur dominus bonorum patris, *L. in suis, D. de lib. & post.* Quæ res facit, ut in venditione patris ipse filius quodammodo venditor esse intelligatur, eoque & debitor. Non potest autem idem & debitor esse principalis, & fideiussor. Quid ergo est? Negabimus scilicet filium dominum esse bonorum paternorum, quod & verum est: unde & dicitur existimari dominus, non esse, *d. L. in suis.* Existimatur autem quodammodo dominus propter spem futuræ successionis, quæ ita addicitur liberis, ut nec iudicio parentis sine meritis caussis ab ea summoveri possint. *L. ult. in pr. D. de bon. dam.*

Ad L. Etiam. 9.

Iidem A. Aristocrati.

Etiamsi de iure obligationis pignorum actum fuerit, fideiussoribus liberatio non contingit. PP. Kal. Decemb. Maximo II. & Æliano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Una persecutione iuris sui electa, non ideo alteram repudiatam videri.*

2. *Ex pluribus actionibus diversarum rerum una remissa, hoc ipso alteram manere.*

Creditor, cui fideiussores dati erant & pignora eiusdem obligationis nomine, si omissis fideiussoribus egerit cum possessoribus pignorum, non ideo fideius-
1 sores liberantur. Hoc † ideo rescriptum hoc loco, quod potuerit in proposito dubitari, an creditor una via ad iuris sui persecutionem electa, videatur aliam repudiasse. Nam & alias accidit, ut una actione electa creditor ad aliam, quæ eiusdem rei nomine competat, redire non possit; ut in actione de peculio, & tributoria, *L. quod in herede, §. eligere, D. de tribut.* Sed hoc in his actionibus ideo receptum est, non solum quia sunt eiusdem rei nomine; sed etiam quia hae conditione propositæ sunt edicto a prætore, ut una duntaxat experiri liceat. Cæterum ubi id nominatim constitutum non est, nunquam una actione electa, non dico remissa, ab altera recessum intelligitur. Solutione enim debitor, non electione actionis liberatur, *L. 1. §. sed si duo, D. depos.* huc pertinet *L. qui servum, §. 1. D. de obl. & act.* Atque hæc dicta sunt de pluribus actionibus eiusdem rei nomine competentibus.

Quod † si plura iura erunt, pluresve 2
actiones diversarum rerum, citra exceptionem illud tenendum est, nunquam uno iure remisso, alterum repudiatum videri: quanto minus uno electo ad iuris nostri persecutionem? *L. si domus, D. de ser. urb. præd. L. si mihi, D. de ser. rust. præd.* Quinimo cum ex duobus unum remittitur, hoc ipso quod remittitur unum tantum, certum argumentum est, alterum non remitti: alioqui licebat utrumque remittere.

Ad L.

Ad L. Fideiussor. 10.

Idem A. Vitali.

Fideiussor seu mandator si in usuras quoque obligatus est, iustam caussam recusandi eas solvere non habet. §. Ut autem is, qui cum altero fideiussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos qui solvendo sunt: ante condemnationem ex ordine postulari solet. PP.

S U M M A R I A.

1. *Fideiussorem in sortem acceptum, in usuras sortis quamvis ex mora rei accedentes non teneri.*
2. *Dividendæ actionis beneficium tribui fideiussori ex ordine postulanti: & hoc ex ordine, quid sit.*
3. *Divisionem actionis a fideiussoribus quandocunque recte postulari ante condemnationem, quamvis non contestata huius rei exceptione.*
4. *Divisionem actionis inter fideiussores frustra obiici post condemnationem ab eo, qui in solidum sit condemnatus.*

CОntinet hoc rescriptum duo capita. Unum est de usuris sortis a fideiussore præstandis: alterum pertinet ad divisionem actionis inter fideiussores. De usuris hæc sententia est: fideiussorem usuras sortis recusare non posse, si in eas sit obligatus. Qua conditione admonemur, nisi sit fideiussor in eas obligatus, iuste illum eas recusaturum, quantumvis reus principalis debuerit. Quorum utrumque certi iuris est. Nam si actio in personam semper adversus eum est, qui nobis obligatus est, *L. actionum, D. de obl. & act.* fit, ut qui est obligatus, teneatur ea actione; & qui obligatus non est, eatenus non teneatur. Illud modo quæritur, quomodo & quando fideiussor in usuras a reo
1 sorti debitas obligetur. Dicendum † est, sic eum obligari, si nominatim in eas fidem suam obstrinxerit; non aliter: quantumvis ea sit obligatio principalis, in qua ex mora rei usuræ officio iudicis accedunt, ut fit in bonæ fidei iudiciis, puta in conductione, *L. quæro, in prin. D. loc.* qua in specie placet, fideiussorem conductionis, qui se in sortem tantum ex ea caussa debitam obligavit, in usuras a reo contractas non teneri, *L. fideiussores magistratuum*, 68. §. 1. *D. de fideiuss.* nec quia usuræ debeantur ex mora rei, eo magis in eas fideiussorem teneri debere; quia & illud placeat mora rei non augeri obligationem fideiussoris, *L. centum, D. de eo, quod cer. loc.* Non obstat, quod scriptum est in dicta *L. quæro, D. locat;* fideiussorem locationis nomine acceptum, in usuras etiam pensionum tardius illatarum teneri hoc ipso, quod in omnem caussam locationis se obligavit. Nam is se obligare in omnem caussam locationis intelligitur, qui promittit, & fide sua esse iubet, quidquid conductorem in caussa locationis ex bona fide dare, facere oportebit, ut ibidem explicatur. His autem verbis continentur usuræ pensionum; quia locatio bonæ fidei iudicium est: quo in genere iudiciorum usuræ ex mora debentur officio iudicis, *d. L. quæro, loc. L. mora, §. 1. D. de usur.* De quo disserui fusius *ad L. centum, D. de eo, quod cer. loc.*

De divisione actionis inter fideiussores hoc loco appendix est, pertinens ad ea, quæ diximus de hac specie in *l.* 3. *sup.* Diximus inter alia, si omnes fideiussores idonei sunt tempore litis contestatæ, dividi actionem debere inter fideiussores, etsi iure civili singuli in solidum teneantur. Hic † comprehensum est, cui fide- 2
iussori hoc beneficium tribuatur, & quando id desiderare liceat. Verbis igitur huius rescripti tribuitur postulanti fideiussori. Quæritur, quando postulari possit. Additum est, id ante condemnationem ex ordine postulari solere. Ex ordine fieri & postulari quid dicitur, cum plura sunt, quæ fieri debent, aut possunt iure; sed ita, ut quædam priora sint, quædam posteriora. Nam cum prioribus translactis venitur ad posteriora, tum posteriora ex ordine fieri, & postulari dicuntur. Id ita accidit in fideiussionibus, cum de hoc beneficio divisionis agitur. Nam fideiussori in solidum convento plures defensiones esse possunt. Prima illa, ut dicat, se non teneri: idque varie accidit; vel quia reus principalis liberatus sit aut ipso iure, aut per exceptionem: qua exceptione fideiussoribus uti licet; *L. 7. D. de exceptio.* vel quia ipse fideiussor etiam utatur ex sua persona exceptione vel pacti, vel iurisiurandi,

randi, vel rei iudicatæ. Quod si his defensionibus fideiussor exclusum se sentiat, sive quod revera nullæ sint, sive quod eas probare non possit, ut iam non possit effugere, quin teneatur: tamen extremum illi subsidium relinquitur desiderandi, ut saltem pro parte conveniatur; pro reliquis partibus conveniantur reliqui fideiussores. Ad quod si pervenerit, recte dicatur id ex ordine postulare: ut fit, ex ordine seu servato ordine earum defensionum, quæ fideiussoribus competere solent. Itaque ex ordine hic valet idem, quod dicitur servato ordine, in *L. 1. sup. de exse. rei ind.* Hoc autem fideiussor postulare potest ante condemnationem. His verbis duo continentur: quæ qualia sint, videamus. Primum † hoc declarant, quan-
3 documque ante condemnationem id postulare licere, etiamsi in initio litis huius beneficii exceptionem fideiussor non sit contestatus. Atqui scriptum est in *L. si quidem*, & *L. præscriptionem, sup. de exc.* exceptiones contestari initio oportere. Sed sciamus hoc dictum esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, & ob id probare debemus, ut intelligitur ex *L. in exceptionibus, D. de probat.* Et merito hæ contestandæ sunt. Nam cum quæstionem habeant facti, non intelliguntur in iudicium deduci, nisi facti contestatione. Diversa caussa est exceptionum iuris, seu earum, quæ cuiquam conditione ipsa personæ iure ipso tribuuntur: qualis est ea defensio, de qua nunc agitur; qua scilicet fideiussor hoc ipso, quod fideiussor est, iure postulat, ut actio inter fideiussores dividatur. Hoc genus contestari necesse non est; ante condemnationem quandoque allegari sufficit, his de caussis. Primum, quia dum creditor cum fideiussore tanquam cum fideiussore agit, satis auxilium divisionis sub appellatione & persona fideiussoris in iudicium deduci intelligitur: cum id fideiussori iure tribuatur hoc ipso, quod fideiussor est. Deinde, quia quæ sunt iuris, ea ad iudicium & cognitionem iudicis pertinent; & quidem etiamsi non sint a partibus nominatim petita. *L. unica, sup. ut quæ def. advo. par. iud. sup.* Multo igitur magis si petita erunt, ut hoc beneficium postulari debere dicimus. Alterum
4 † ex contrario iisdem verbis efficitur, si fideiussor in solidum conventus, antequam condemnaretur, non postulaverit, ut actio inter se & reliquos fideiussores divideretur, & ita in solidum passus sit se condemnari: frustra eum postea, ut actio dividatur, postulaturum. Et recte: nam qui in solidum condemnatus, cœpit iudicati actione insolidum teneri, hanc actionem semel creditori quæsitam, invito postea adimere non potest, partem dumtaxat offerendo. arg. in *L. ult. D. de pact.* *L. habere, in fin. D. de evict.* Nec metuemus, ne hic nobis adversentur ea, quæ Accursium in superiore sententia hæsitare coegerunt. Nam primum nihil adversus eam sententiam est in *L. fideiussores, §. ult. D. eod.* Illic scribitur mandatorem in solidum condemnatum recte postulare a creditore, ut sibi pro parte cedantur actiones adversus cæteros mandatores. Ac constat, quod de mandatore dicitur, ad fideiussores pertinere. Sunt enim omnes isti principalis obligationis intercessores. *L. ult. sup. de const. pec.* Sed multum interest, utrum fideiussor condemnatus postulet adhuc actionem dividi cum reliquis fideiussoribus; an postulet actionem adversus eos sibi cedi. Immo vero hæc sunt contraria. Nam qui divisionem postulat, is postulat, ne solidum solvat; qui cessionem desiderat, is declarat se paratum esse solidum solvere, dum sibi adversus confideiussores consulatur. Nihil etiam contrarium habet illud Papiniani ex *L. inter eos, §. ult. D. eod.* bonis damnati fideiussoris fisco vindicatis, inter fideiussores postea actio si dividi cœperit: ut heredis, ita & fisci rationem haberi oportet. Apparet enim in hac definitione damnatum fideiussorem intelligendum esse, non eum, qui damnatus est fideiussionis nomine, sed qui damnatus sit capitis ita, ut propter eam damnationem bona eius fisco vindicarentur. Nam de bonis fisco vindicatis perspicue definitio scripta est. Est autem hic sensus: si unus ex quatuor fideiussoribus capitali supplicio damnatus sit, & ob eam damnationem bona eius publicata, & vindicata fisco: potest postea creditor adversus fideiussores ius suum exsequi, qui recte postulabunt, ut inter omnes, qui solvendo sunt, actio dividatur: in quo numero etiam fiscus, qui damnato succedit, habebitur. Ut scilicet si sint tres fideiussores privati, & fiscus; qui damnato successit: non tres tantum partes fiant in hac divisione actionis, sed fiant partes quatuor, ex quibus fiscus quartam agnoscere cogetur. Nam si unus ex his fideiussoribus decessisset, eius heres in quartam partem vocaretur. Proinde & fiscus vocabitur: nam & fiscus heredis loco est in iis bonis, quæ ex damnatione ad eum pervenerunt, ut diximus ad *L. 1. sup. hoc tit.* Hoc vero quam nihil huic loco adversetur, perspicuum est.

Ad L.

Ad L. Cum alter. 11.

Idem A. Salustio.

Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fideiussit, non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur: & si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod & in privatis debitis observandum est. PP. VII. Kal. Novemb. Alexandro A. III. & Dione Coss.

SUMMARIA.

1. *Unum ex fideiussoribus solidum sua sponte solventem non cessis sibi a creditore adversus confideiussores eo nomine actionibus actionem non habere nec mandati, nec negotiorum gestorum, eoque nullam habere,* & num. 3. in fin.
2. *Negotiorum gestorum actionem non competere adversus eos, ad quos negotii utilitas per consequentiam tantum pertinet.*
3. *Unum ex pluribus tutoribus solidum solventem adversus reliquos tutores pro ipsorum parte utilem actionem habere: & cur hoc diversum in fideiussoribus.*
4. *Fideiussori solidum solventi nullam ideo actionem esse adversus pignorum creditori obligatorum possessores.*
5. *Fideiussorem consequi posse a creditore, ut sibi cedantur actiones adversus debitorem, confideiussores, & pignorum possessores: sed cum solvit, non ante, aut postea: nisi ea lege solverit, ut sibi cederentur actiones.*
6. *Mandatorem etiam pecunia soluta sine alia conventione agere posse adversus creditorem, ut sibi cedat actiones adversus reum principalem, & alios eius obligationis reos.*
7. *Soluta a fideiussore pecunia superesse nihilominus actionem creditori, quam is possit solventi adversus debitorem aut confideiussores cedere: non item si pecunia ab uno ex tutoribus soluta sit: ubi* L. cum is, qui, 36. D. de fid. L. Modestinus. D. de sol. *explicatur.*
8. *Nullam pecuniæ solutæ condictionem esse adversus creditorem, qui pecunia simpliciter soluta a fideiussore non cedat ei actiones adversus reum, aut confideiussores.*

UNus ex pluribus fideiussoribus omisso beneficio divisionis, quod fideiussoribus tribuitur ex epistola D. Hadriani, solidum solvit creditori. Quæritur ad cautionem fideiussoris, cum quibus agere possit eo nomine, & pecuniam, quam solvit, repetere? Et posse eum a debitore repetere constat, de quo dicetur in *L. mandati, in prin. inf.* An possit etiam experiri adversus confideiussores suos: præterea an possit pignora persequi, quæ creditori eiusdem obligationis nomine obligata erant, quæsitum est. De utroque in
1 hoc rescripto respondetur. Ac † primum quod ad confideiussores attinet, hoc statuitur: unum ex fideiussoribus solidum sua sponte solventem, adversus reliquos confideiussores suos eo nomine actionem non habere. Recte: nam si quam adversus eos habeat, necesse est aut mandati esse, aut negotiorum gestorum actionem. Mandati non habet, cui confideiussores nihil mandarunt, ut fideiuberet. Negotiorum gestorum actionem habere videri potest, quod ea solutione fideiussor debitorem suum liberavit saltem per exceptionem. *L. Papinianus, D. mand.* ac proinde etiam per consequentiam debitoris fideiussores. *L. in omnibus speciebus, D. de sol. L. 7. D. de except.* Liberando, negotium confideiussorum utiliter gessisse intelligitur. Ex qua caussa est negotiorum gestorum actio. *L. 2. D. de neg. gest.* Sed † ita ius habet, ut quoties negotium, 2
seu utilitas alicuius negotii ad duos pertinet: ad unum principaliter, ad alterum per consequentiam; si negotium gestum sit contemplatione eius, ad quem principaliter pertinebat, huius solius negotium videatur gestum: proinde adversus hunc solum sit actio; adversus eum, ad quem per consequentiam res pertinet, nulla sit. *L. si pupilli, §. 1. D. de neg. gest.* Id autem accidit, cum unus ex fideiussoribus solidum solvit. Sane enim is duo genera personarum liberat, debitorem, & eius fideiussores: *Inst. qui mod. toll. obl. in princ.* sed debitorem principaliter, si eius nomine solvit; fideiussores tantum per consequentiam, de quibus non laborat, dum-

dummodo debitor, & ipse cum debitore
sit liberatus: aut si solvit suo nomine, se
ipsum liberavit principaliter; per conse-
quentiam debitorem, ac per debitorem
fideiussores. Proinde semper hic aut de-
bitoris, aut solventis solum negotium ge-
stum est, non confideiussorum. Nec ad
rem pertinet, quod utilitas eius liberatio-
nis etiam redit ad fideiussores. Hoc enim
per consequentiam contingit. Nunc autem
id spectamus, quod fit principaliter, non
quod per consequentiam. *L. 1. D. de*
3 *auct. tut.* Verum † hic obiicitur exem-
plum tutorum: ex quibus si unus solve-
rit, nihilominus adversus contutores uti-
lem actionem pro eorum parte habet, ut
est in *L. 1. §. nunc tractemus, D. de*
tut. & rat. dist. Sed apparet ex eo lo-
co, constitutum hoc ius esse proprie &
singulariter in tutoribus. Ideo non est pro-
ducendum ad consequentiam. *L. quod*
vero, L. in his, D. de legib. Nec obscu-
ra ratio est, cur solventi tutori utilis actio
detur adversus contutores potius, quam
fideiussori adversus confideiussores. Datur
utilis actio tutori adversus contutorem pu-
pilli caussa. Sic enim citius tutor solvet
solidum pupillo, cum sciet fore, ut hoc
quod solvit, a contutoribus repetere pos-
sit. Sed & postquam solvit, minus mole-
stus erit pupillo, si malit adversus tutores
experiri. Favor igitur pupilli hanc actio-
nem utilem introduxit. Nullus eiusmodi
favor est in creditoribus aliis. Proinde non
mirum, si idem non tribuitur eorum fide-
iussoribus. Sane fideiussor, qui solidum
solvit, si a creditore cessæ sint ei actiones
adversus confideiussores, nulla dubitatio
est, quin adversus eos experiri possit ces-
sis actionibus. *L. cum is, 36. D. eod.*
Sed hoc nihil huic loco adversatur. Quod
enim hic dicitur, fideiussori adversus con-
fideiussorem nullam actionem competere,
ita dictum est: ut intelligeremus, nullam
esse ex eo tantum, quod fideiussor soli-
dum solvit, sive nullam esse ex fideiusso-
ris persona & facto, quod & verum est.
4 Hoc † de aliis fideiussoribus, adversus
quos desideret experiri fideiussor is, qui
solidum solvit. Sed an non saltem is actio-
nem habebit adversus possessores pigno-
rum, quæ creditori obligata erant? Mul-
to minus, nisi ei actio hypothecaria a cre-
ditore cessa sit, ut hic significatur, & tra-
ditur diserte in *L. mandati, infr. hoc*
tit. Merito: nam reliqui confideiussores
saltem eodem nomine obligati erant; qui
tamen non tenentur ei fideiussori, qui
solvit. Pignorum autem possessores non
fuerunt obligati.

Sed † cessis actionibus a creditore po- 5
terit fideiussor pignorum possessores con-
venire. Quid si creditor non cedat actio-
nes? Iure fideiussor ab eo desiderabit, ut
cedat. *L. 2. supr.* Quando id desiderare
potest? Hic scriptum est, desiderare eum
posse, cum solvit. Consulto hoc additum:
quia fideiussor desiderare id non potest
ab invito, priusquam solvit: sed nec po-
stea, nisi in solvendo convenerit nomina-
tim, ut cederentur actiones. Nam fideius-
sor adversus creditorem neque mandati
actionem habet, utpote cui non manda-
verit, ut pecuniam crederet: neque ne-
gotiorum gestorum, quia ei solvendo ne-
gotium suum gerit, dum se liberat; non
creditoris, qui suum recipit. Quomodo
igitur fideiussor hanc cessionem consequi-
tur, dum solvit? non agendo, sed, ut dixi
ad *L. 2. supr.* opposita agenti creditori
exceptione doli mali. Plane si fideiussor
solvit ea lege, ut sibi cederentur a cre-
ditore actiones, etiam post pecuniam so-
lutam recte aget, ut sibi cedantur. Nam
fideiussor ita solvendo fecit, ut vicissim
creditor faceret. Ex quo genere conven-
tionum constat nasci civilem actionem
præscriptis verbis. *L. iurisgentium, in*
pr. D. de pact. L. legem, supr. eod. Cæ-
terum nullo eiusmodi pacto interposito,
frustra fideiussor pecunia soluta deiidera-
bit a creditore, ut sibi cedantur actiones
ab eo, quem ad eam rem nulla ex caussa
obligatum habuit. Quod de pignore & hy-
pothecaria actione cedenda dicimus, idem
& de actione personali adversus debito-
rem, aut confideiussores cedenda dictum
intelligendum est, de quo in *d. L. 2. sup.*
Summa igitur est: desiderare posse fide-
iussorem, qui solidum solvit, ut sibi actio-
nes cedantur adversus debitorem, aut con-
fideiussores, & pignorum possessores: sed
tunc cum solvit. Semel autem pecunia
soluta, si in solvendo de cedendis actio-
nibus nihil convenerit, agere eum non
posse. Sed † sciamus hoc in fideiussore 6
recte dici. Alia caussa est mandatoris,
quem & dum solvit, & postea quam sol-
vit, placet agere posse adversus credito-
rem, ut sibi cedat actiones adversus prin-
cipalem reum, & cæteros eiusdem obli-
gationis reos. *L. Papinianus, D. mand.*
Recte, quia mandator mandati actionem
habet adversus creditorem; fideiussor non
habet, ut qui creditori non mandaverit,
ut pecuniam crederet.

Atque † hæc de eo fideiussore dicta 7
sunt, qui desiderat actionem sibi cedi ab
invito creditore. Quod si de volente cre-
ditore quæritur, sententia Pauli est in *L.*

cum is,

eum is, 36. *D. eod.* etiam pecunia creditori ab uno ex fideiussoribus soluta, posse eum, si velit, desideranti fideiussori actiones suas cedere. Sed eiusmodi sententia, quæ hanc dubitationem animadvertendam habuerit. Nam pecunia creditori a fideiussore soluta, ea solutione debitor liberati videtur. Debitore autem liberato, consequens est, etiam tolli actionem adversus omnes accessiones. *L. in omnibus*, *D. de sol.* Quæ si sublata est, quomodo eam cedere creditor potuit, quam non habet? Sed & hæc obiectio illic diluitur ad hanc sententiam. Si pecunia a fideiussore daretur creditori, ut solveretur & tolleretur obligatio, recte diceremus nullam actionem ei superesse. Nunc autem magis fideiussor pecuniam dare intelligitur emendi nominis & creditor pecuniam accipere eius vendendi caussa. Et certe verum est, quod Papinianus scribit in *d. L. Papinianus*, *D. mand.* non debere existimari debitorem liberatum esse solutione mandatoris; cum mandator ob suam obligationem solvat, & solvat suo nomine, non debitoris. Ac fideiussoris eadem caussa est, traditurque idem in *L. filiusfamilias*, *D. de in rem verso*. Hoc loco obiicitur *L. Modestinus*, *D. de sol.* ubi de uno ex pluribus tutoribus solvente Modestini responsum est, si is nullo pacto interposito de cedendis sibi actionibus pecuniam solverit pupillo ex administratione tutelæ debitam, actiones ei postea a pupillo cedi non posse: nominatim addita hac ratione, *cum nulla actio superfuerit*. Sed hoc in uno ex pluribus tutoribus solvente recte placuit; in fideiussoribus locum non habet. Nam, ut recte Bartolus animadvertit ad dictam *L. Modestinus*, in tutoribus etsi plures debitores sint; una tamen obligatio est omnium: debent enim idem, & ex eadem caussa, idest, ex administratione. Itaque unus solvendo solidum, cæteros liberat: non quia non solvat suo nomine tantum; sed quia pro se solvendo totam solvat obligationem: quippe quæ in omnium persona una sit, ut accidit in pluribus reis promittendi, *Instit. de duo. reis stip.* At cum plures fideiussores dati sunt, etiamsi quis concedat omnium fideiussorum unam obligationem esse; tamen nihilominus in hac caussa duæ sunt obligationes longe distinctæ: una debitoris, quæ est principalis; altera fideiussorum, quæ est accessoria. Hic unus ex fideiussoribus solidum solvendo, dum solvit suo nomine, debitorem ipso iure non liberat, sive, quod idem est, principalem obligationem non tollit. Dicitur quidem simpliciter debitorem liberare acceptilatione, in *L. & per.* 13. *§. si fideiussori*, *D. de acceptil.* quod multo magis de solutione eius dixeris. Sed liberat tantum per exceptionem, non ipso iure, ut declaratur in dicta *L. Papinianus*, *D. mand.* Quæ res facit, ut reliqui confideiussores etiam adhuc teneantur: ut qui nisi liberato debitore principali non liberentur. Atque hinc etiam fit, ut creditor, quamvis pecunia ab uno ex fideiussoribus accepta, salvas habeat veteres actiones cum adversus debitorem, tum adversus reliquos fideiussores, qui nihil solverunt. Et quia habet, etiam potest cedere ei fideiussori, qui solvit. Sed potest, ut dixi, cedere, si velit: si nolit, nulla est actio fideiussori ad eum cogendum, ubi fideiussor non solverit hac lege, ut sibi cederentur actiones.

8 Sed † esto, nulla sit actio, qua ea cessio petatur. Quid, pecunia a fideiussore soluta, an non recte creditori condici potest, nisi actiones cesserit? Et hoc quidem putant. Sed nulla hic condictio esse potest fideiussori ad eam rem. Non enim potest condicere pecuniam tanquam indebitam, cum ut debitam solverit, & ea solutione sit liberatus. *L. si non sortem*, *§. si decem*, *D. de cond. indeb.* Non tanquam ob caussam datam re non secuta. Nam cum simpliciter pecuniam solvit suo nomine, solvit ob hanc caussam, ut liberaretur. Atqui hæc caussa secuta est: quod cum sit, non potest locus esse condictioni ob caussam dati caussa non secuta. *L. 1. D. de cond. cau. dat.* Neque verum est, quod isti volunt, cum fideiussor solvit, videri solvere ideo, ut sibi cedantur actiones. Nam primum verba solventis id non significant. Deinde multis locis diserte scriptum est, eum, qui solvit creditori, non succedere in pignora prioris creditoris, nisi nominatim solverit ea lege, ut in pignora succederet, sive ut in se actiones hypothecariæ transferrentur. *L. solvitur. §. si convenerit*, *D. quib. mod. pig. vel hypoth. sol. L. 1. supra*, *de his, qui in prior. cred. loc. succed.* Et ideo quod scriptum est in *L. cum is qui*, *in fin. D. eod.* cum unus ex fideiussoribus solidum solvit, ideo creditorem habere actiones, quia tenetur, ut eas præstet, sic accipiendum videtur ex præcedentibus: ut eas habeat, cum aperte nomen vendidit fideiussori, neque pecuniam ab eo in solutum accepit. Nam si accepit in solutum, fideiussor sibi omnem actionem præcidit.

Ad L.

Ad L. Blanditus. 12.

Idem A. Theodoto.

Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod cum pro alio intervenires, ὅτι ἂν θέλεις ποιῶ. *dixisti: cum & his verbis obligationem verborum posse contrahi pridem receptum est. PP. VI. Kalend. Sept. Agricola & Clemente Coss.*

S U M M A R I A.

1. *Fideiussorem nisi stipulatione non obligari.*

2. *Lectio recta huius loci.*

FIdeiussor interrogatus, an fide sua esse iuberet, sive græce, sive latine, responderat. φημὶ, aio, vel potins τί μή. quid ni? Is persuasus erat his verbis se non teneri hac ratione: quia non obligaretur fideiussor, nisi stipulatione: hic autem non videatur stipulatio esse contracta, in qua his verbis, *quid ni*, ad interrogatum convenienter non esset responsum: idest, non iisdem verbis, quibus interrogatus erat, ut diceret, fideiubeo. Rescriptum est hoc loco, errare fideiussorem. Nam stipulationem his verbis utiliter contractam, idque
1 pridem receptum esse. Ergo † hoc dicit Antoninus, fideiussorem ideo obligari in proposito, quia stipulatio utiliter sit interposita. Ex quo recte colligitur vulgo, fideiussorem nisi stipulatione non obligari: quod confirmatur in *L. 5. §. satis acce-*
2 *ptio, D. de verb. oblig.* De † lectione huius loci monendi breviter sumus, vulgarem lectionem esse hanc in verbis græcis ὅτι ἂν θέλεις. ποιῶ. *quodcunque vis faciam.* Hæc lectio recte notata est ab Alciato *lib. 1. Parerg. cap. 3.* Nam revera in his non fuit id, quod ab Imperatore scriptum est. Proponuntur enim verba, ex quibus hæsitatur, an stipulatio recte sit contracta, ut ex responso apparet. Nemo autem unquam dubitavit, quin recte responderet & convenienter, qui spopondit id, quod stipulator vult. Ille igitur pro his verbis reposuit λέγω, aut φημὶ ex sententia *L. Græce, in pr. D. eod. & §. pen. Instit. eod.* Sed multi testes sunt se in veteribus exemplaribus legisse hoc loco τί μή; quid ni? quod si verum est, nihil est hac lectione melius, neque huic loco convenientius. Scimus enim ex *L. 1. §. si quis ita. D. de verb. obl.* veterem fuisse dubitationem, an his verbis recte contraheretur obligatio, cum quis interrogatus, *dabis?* respondit, *quidni?* & placuit utilem videri. Id autem est, quod verbis huius rescripti significatur, cum dicitur, his verbis obligationem verborum contrahi, pridem receptum esse.

Ad L. Si Barsatoram. 13.

Pars ex epistola Gordiani A. ad Auxium.

Si Barsatoram latronem Lysanias decurio inventurum se spopondisset: aut exhibere compellendus est, aut transmittendus ad præfectum prætorio, vel ad præsidem Provinciæ.

S U M M A R I A.

1. *Inventurum se latronem, qui alicui promisit, videri deprehensum exhibiturum promisisse.*

2. *Latronem non invenisse, non exhibuisse, aut non indicasse inventum, extra crimen, & impunitum esse.*

DEcurio alicuius urbis, cum latronem prehendere posset, missum fecit. Cum forte is, qui spoliatus erat, expostularet cum eo ob dimissum latronem; decurio, ut se liberaret omni crimine, spopondit stipulanti spoliato, se illum latronem inventurum. Quæsitum est, quid his verbis contineatur, ut sciamus, quid decurionem præ-

præstare oporteat: ut nisi præstiterit, possit ex stipulatu conveniri in id, quod spoliati, eiusdemque stipulatoris interest. Hic duo respondentur: prius, de quo rescriptum clare scriptum est: posterius, de quo dubitari potest propter incertitudinem scripturæ.

1 Prius est, † decurionem compellendum esse exhibere hunc latronem, ut sit sensus: non esse satis, si reperiat, ubi sit ille latro, & eum locum indicet; sed hoc amplius, decurionem debere latronem prehendere, prehensum exhibere spoliato, ut sit eius conveniendi copia. Sed videndum, ne hoc non recte exigatur a decurione. Constat enim non debere eum ultra præstare, quam promisit. *L. quidquid, D. de verb. obl.* Non promisit autem se latronem prehensurum, sed inventurum: multoque minus promisit etiam se prehensum exhibiturum. Imo promisit hæc omnia, quæ & partim verbis, partim sententia contrahentium continentur. Verbis: quia invenire aliquid, aut aliquem, non est reperire locum, ubi sit: sed est rem animadversam prehendere, & occupare. Quod enim dicitur in *§. item lapilli, Inst. de rer. divis.* lapillos & gemmas in littore inventas fieri inventoris, hanc sententiam habet: fieri eius, qui animadversas occuparit, sive earum apprehenderit possessionem; nam aliter non fieri nostras, scriptum est in *L. 1. in princ. D. de acq. poss.* Atque ut verbis non promisisset decurio se prehensum latronem exhibiturum; tamen id satis intelligitur ex eo, quod actum est, quæ est sententia contrahentium. Nam stipulator id agebat, ut sibi caveret, & acquireret, quod sua interest. Denique id agebat, ut latronis conveniendi esset potestas: quod declarant & ea, quæ præcesserunt stipulationem, & finis omnis stipulationis, qui est, ut quisque acquirat quod sua interest. *L. stipulatio ista, §. alteri, D. de verb. oblig.* Quia actum est, etiam pro cauto habendum: eoque etiam ex stipulatione præstandum est, *L. 3. D. si cert. pet. L. semper in, D. de regul. iur.*

Posterius adiectum est hoc rescripto: aut decurionem compellendum esse exhibere, aut transmittendum esse ad præfectum prætorio, vel ad præsidem provinciæ. Hæc verba si naturalem & rectam structuram orationis sequimur, sic interpretanda sunt: decurionem debere latronem prehensum exhibere: nisi exhibeat, transmittendum esse (intellige decurionem, de quo instituta est oratio) ad præfectum prætorio, ut puniatur videlicet ob latronem non inventum, non exhibitum. Sed hæc † sententia defendi non potest. Nam 2 decurio, qui latronem non invenit, nihil deliquit: eoque nec ad præsidem transmitti debet, ut puniatur. Etenim si quæsitum a se diligenter reperire non potuit, nulla est eius culpa, si non reperit. Nulla autem pœna esse debet, ubi nullum delictum est. *L. aliud est fraus, D. de verb. sig.* Quod si invenire potuit, & neglexit: tamen ne hic quidem delictum ullum contrahitur, quod coerceri oporteat. Fecit enim decurio iure permittente: cum ita ius sit, ut nemo invitus agere, vel accusare cogatur. *tit. sup. ut nem. invit. ag. vel ac. cog.* Quod si accusare nemo cogitur: multo minus cogitur nocentem quærere, & inventum prehendere. Restat ergo, ut verba rescripti sic interpretemur: aut exhibere compellendus est decurio, de quo institutus est sermo; aut transmittendus, nempe latro, ut sit hæc sententia: decurionem alterutrum præstare debere ex suprascripta stipulatione, aut ut inventum latronem exhibeat stipulatori, ut ille adversus latronem de iure suo statuat, uti existimaverit; aut si decurio exhibere nolit, saltem latronem transmittat ad magistratum, qui in illum inquirat: quo facto etiam obligationi satisfaciet. Erit enim stipulatori apud magistratum inveniendi, & conveniendi latronis copia. Fatendum quidem est hoc sensu perturbari orationem personis; sed non est nova hæc perturbatio, quæ plerumque etiam doctissimis excidit. Similem animadvertere licet in *d. L. 1. §. si quis ita, D. de ver. oblig.* si modo illic vera est Pandectar. Florentin. lectio.

Ad L.

Ad L. Mandati. 14.

Idem A. Salivo.

Mandati actio personalis est, quæ si nomine fideiussoris vel adversus debitorem seu heredes eius competit: præses Provinciæ, quæ deberi compererit, reddi iubebit. Pignora etenim, quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione solutio celebrata est, vobisque mandatæ sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus, adversus pignorum possessores, extraordinariam iurisdictionem idem vir clarissimus impertietur. PP. III. Nonas Iulii, Gordiano, A. & Aviola Coss.

S U M M A R I A.

1. *Fideiussor si debitum solvat, habet adversus debitorem & eius heredes mandati actionem; pignora non potest persequi, nisi creditor ei cedat actiones.*
2. Iurisdictio extraordinaria *usurpatur, pro actione extraordinaria, idest utili, danda: & cur.*
3. *Fideiussori, qui pro debitore intercessit & solvit, quando & quæ actio competat.*

Fideiussor qui debitum solvit, & non accepit a creditore adversus debitorem actiones, non eo minus recuperandi eius caussa ex sua persona agere adversus debitorem potest, eiusque heredes, idque mandati actione: si modo hæc illi competit, ut hic initio traditur: de qua actione, & an ulla fideiussori competat, dicam paulo post. Nunc hoc ante statuatur, quod est proprium huius rescripti, non cessis fideiussori a creditore actionibus, sic
1 illum habere † ex sua persona mandati actionem, aut similem, ut sit hæc omnis actio adversus debitorem tantum, eiusque heredes. Cæterum res debitoris creditori pignori obligatas hac actione persequi adversus pignorum possessores non potest: propterea quod mandati actio cum sit ex contractu, est in personam: ideo adversus eum tantum, qui est eo nomine obligatus, non adversus res obligati, aut earum rerum possessores. *L. actionum, D. de obl. & act. §. 1. Instit. de act.* Si igitur fideiussor hæc pignora persequi vult, nihil aliud ei relinquitur, quam quod hic comprehensum est, ut consequatur a creditore, ut sibi recte cedantur pignora, eorumque actiones: quod quando recte desideretur, ut cogatur creditor facere, traditur in *L. cum alter, sup. hoc tit.* Cessis actionibus, tum est ius persequendi adversus pignorum possessores. dict. *L. cum alter*. Sed adiicitur in hoc rescripto, cessis pignoribus posse fideiussorem sic agere adversus pignorum possessores, ut præses *extraordinariam iurisdictionem* ei præbeat. His verbis ea sententia continetur, quæ de nomine, aut pignore tradito multis locis expressa est: quoties nomen aut venditum, aut in solutum traditum est, aut legatum, toties eum, in quem nomen translatum est, posse aut ex persona cedentis uti directis actionibus, aut ex persona sua experiri utilibus *L. postquam, sup. de her. vel act. vend. L. ex legato; sup. de lega.* Id † significat iurisdictio ex- 2
traordinaria hoc loco. Dicitur enim iurisdictio extraordinaria [illegible] eadem figura, qua pallidam mortem vocamus, quæ pallidos facit, rem tristem, quæ nos tristes reddit, ut sit ea iurisdictio, quæ dat actionem extraordinariam ad pignora persequenda. Est autem extraordinaria actio, quæ est utilis, quod ex coniunctione duorum locorum intelligitur. *L. si longius, §. ult. D. de iud. & L. cum filiusfam. D. si cert. pet.* Illud expendendum, quod de actione personali mandati initio rescripti dicitur, dari hanc quidem fideiussori adversus debitorem & eius heredes, sed hac conditione, si modo hæc actio illi competat. Quid ergo, hanc actionem ille non semper habet? quod si non semper, quando igitur? Et revera non semper habet. Quando † autem & hanc habeat eo 3
nomine, aut aliam, aut nullam, de eo ita ius est. Si fideiussor aut repugnante debitore fideiussit, aut donandi animo, nullam omnino actionem habet, *L. si remunerandi, §. si passus, L. si pro te, D. mand.* Priore quidem casu, quia debitor invitus obligari non potuit; posteriore autem,

tem, quia fideiussor debitorem sibi obligare noluit. Quod si pro non repugnante quis fideiussit, neque id actum est, ut donaret: habet ille quidem actionem in personam; sed alias mandati, alias negotiorum gestorum. Si pro absente fideiussit, non potest esse mandati actio, quæ non nascitur, nisi ex contractu, proinde & consensu, *Inst. de obl. ex consen.* Nullus est autem consensus absentium & ignorantium. Itaque hic negotiorum gestorum actio est, non mandati, *L. ex mandato*, *§. ult. D. mand.* Quod si pro præsente quis fideiussit, nec repugnante debitore, nec donandi animo; hic demum mandati actio est, non negotiorum gestorum. Nec interest, utrum præsens nominatim mandet suo nomine fideiuberi, an taceat. Illic quidem mandati actionem esse constat quia aperte præcessit mandatum. *L. ex mandato*, *§. 1. L. si præcedente*, *D. mand.* Sed nihilominus & hic eadem actio est, quia qui patitur pro se fideiuberi, aut mandari ab alio, ut sibi credatur, mandare intelligitur, *L. qui patitur*, *D. mand.*

Ad L. Si indebitam. 15.

Idem A. Claudiano.

Si indebitam pecuniam quasi ex caussa fideiussionis obstrictus in cautionem per errorem deduxisti, tam doli mali exceptione uti, quam condicere, ut obligatio tibi accepto feratur, potes. Non est autem dubium, fideiussorem rei promittendi, bonis ad fiscum devolutis, si idem fiscus ob debitum restituendum fuerit conventus, & solverit, liberari. PP. V. Kal. Dec. Gordiano Aug. & Aviola Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Species huius rescripti duplex exponitur.*

1 Proponitur hoc loco quis pro debitore se obligasse creditori per errorem, dum falso putat fideiussionis alienæ nomine se obstrictum esse. Finge heredem esse defuncti eius, qui dicebatur pro debitore fideiussisse: ac verbis creditoris persuasum, iterum ex persona sua se obligasse nomine eiusdem debitoris, ut evitaret creditoris persecutionem, & rerum suarum distractionem. Hoc amplius proponitur, debitorem, pro quo ita fideiusserat, damnatum fuisse, & bona eius vindicata fisco: hac de caussa fiscum tanquam successorem conventum esse, & solvisse. Cum rebus ita gestis hic fideiussor conveniretur a creditore, cui se obligaverat, negabat se teneri ex sua fideiussione: an teneatur, quæsitum est. Rescriptum est, eum duplici de caussa securum esse. Primum, quod is promiserit indebitum per errorem. Deinde, quod debitor principalis pecuniam solverit. Si quis promittit indebitum per errorem, is ultro agere potest condictione indebiti, ut hic dicitur; & multo magis, ut cautio exposita seu chirographum suum sibi reddatur. Proinde etsi ex ea promissione conveniri cœperit, multo magis adversus petitionem habebit exceptionem doli mali. Cui enim damus actionem, ei multo magis exceptionem competere dicendum est. Hoc ita explicatur in hac ipsa specie in *L. 3. sup. de cond. ind.* ex regula iuris, *L. invitus*, *§. 1. D. de reg. iur.* Sed etsi fideiussor per errorem non promisisset; tamen ubi debitor principalis solvit, & solutione eo modo liberatus est, extra omnem controversiam est una, & fideiussores liberari. *L. in omnibus speciebus*, *D. de sol.* Id autem contingit, cum fiscus publicatis debitoris bonis ipse solvit creditori: sic enim fiscus successisse damnato cum suo onere intelligitur, ut diximus *ad L. 1. supr.*

Ad L. Liberum, 16.

Sic huius legis sententia coniuncta est cum *L. reos*, *inf.* ut nisi illa exposita, huius sententia intelligi facile non possit. Itaque de utriusque sententia eo loco dicetur.

Ad L. Omissis. 17.

Idem A. Brasidæ.

Omissis quoque pignoribus fideiussorem a creditoribus utiliter conveniri: nisi in id tantum, quod ex his refici non poterit, acceptus sit: explorati iuris est, PP. VI. Idus Mart. Attico & Prætextato Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Fideiussorem acceptum* in id, *quod* ex pignoribus refici non poterit, *non nisi post pignorum possessores etiam iure conveniri posse.*

UBI creditori debitor pignora dedit, & fideiussorem, non tantum omissis pignorum possessoribus fideiussor conveniri potest, ut hic dicitur; sed etiam hodie ex constitutione Iustiniani prius conveniri debet. *Nov.* 4. *de fideius.* §. *sed*
1 *neque ad res.* Sed † hoc ita, nisi fideiussor acceptus sit in id, quod ex pignoribus refici non poterit, ut hic scriptum est: quæ conventio etiam nunc post superiorem constitutionem Iustiniani servanda est. Non obstat, quod ea constitutione sine exceptione cavetur, ut prius conveniantur fideiussores, quam pignorum possessores. Nam fideiussor ea conventione acceptus, quam diximus, fideiussor non est ante, quam pignora distracta sint: ut dicendum sit, si pignora prius conveniuntur, non conveniri ante fideiussorem, qui nullus est. Nam ex supra scripta conventione fideiussor promittit sub conditione, si pignora distracta sint, & distracta non sufficiant ad debitam quantitatem. Quare priusquam id factum sit, non promittit, eoque & fideiussor non est. Qui debet sub conditione, antequam conditio extiterit, nihil debet. *L. cedere D. de ver. sign.*

Ad L. Si ut proponis. 18.

Imp. Philippus Augustus Smyrnæ.

Si (ut proponis) fundum ob debitum obligatum non iusto pretio vendidisti: residuam quantitatem, quam ex pretio eiusdem servare potuisses, refundi tibi a fideiussore non iure poscis. PP. V. Kalend. Augusti, Peregrino & Æmiliano. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Fideiussor non tenetur creditori de residuo debiti quod creditor ex distractione pignoris consequi potuit.*

1 CReditor pignus sibi datum, quod valebat centum, vendidit † tantum octoginta, cum posset centum vendere. Viginti, quæ superant, a fideiussore petit. Negat Imperator eum recte petere. Hoc ideo, quia ea viginti nec debitor principalis debuit. Nam & debitor de iisis viginti ultro actionem habuit adversus creditorem. *L.* 1. *in princ. supr. si vend. pign. ag.* Idque ex lege & obligatione pignoris. Nam creditor in pignore omnem diligentiam, & fidem præstare debet, & ea omnia facere, quæ in re sua faceret bonus paterfamilias, *L. si cum venderet,* §. *ult.* & *L. seq. D. de pig. act.* Quod cum in hac venditione contra fecerit creditor: ad summam eorum viginti, de quibus agitur, necesse est eum eo nomine debitori teneri. Quod si tenetur & eadem summa adhuc debetur, iure fit compensatio utriusque debiti, & crediti, quomodo debitor ipso iure liberatur. *L.* 4. *supr. de compens.* Liberato reo, recte dicitur fideiussorem eatenus non teneri. *d. L. in omnibus speciebus, D. de solut.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Si alienam. 19.

EAdem sententia est, quæ traditur in *L. 3. in princ. & L. 5. sup. hoc tit.* de potestate nimirum prius fideiussoris & omnis intercessoris, quam rei principalis conveniendi. Ius immutatum *in* auth. *præsente sup. hoc tit.*

Ad L. Sententia. 20.

EAdem sententia, quæ *L. 1. supr.* nisi quod de parte bonorum adempta illic species proponitur, hic de omnibus ademptis bonis. Sed utrobique Ius idem proportione *L. quæ de tota, D. de rei vind.*

Ad L. Sicut eligendi. 21.

PRior pars rescripti de potestate prius conveniendi fideiussores exposita est ad *L. 3. supr.* Altera de necessitate cedendorum pignorum, quæ imponitur creditori, cum pecuniam petit a fideiussore, eadem est, quæ est exposita *ad L. 2. & ad L. cum alter, & ad L. mandati, sup. hoc tit.*

Ad L. Si ultra. 22.

Iidem Augusti & Cæsares Hermiano.

Si ultra hoc, quod accepit ea, pro qua te mandatario nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti: præses provinciæ ex hoc, quod ultra mandatum tuum numeratum est, a te nihil exigi patietur. S. XII. Kal. Maii. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Lectio emendata.*
2. *Ultra, quam datum est, nihil deberi posse, quamvis promissum pacto, neque a debitore ipso, & multo minus a mandatore, aut fideiussore, & quare.*

PRoponuntur hic tres personæ mandator, creditor, & debitrix, quæ a creditore alterius mandato pecuniam creditam accepit. Res ita gesta est. Mandator mandat creditori futuro, ut decem mutuo det debitrici cuidam futuræ, & in instrumento, quod de eo mandato intercessit, mandator promisit, si creditor ea decem mutuo dedisset debitrici, se duodecim creditori daturum. Creditor decem debitrici dedit: duodecim a mandatore ex pacto petit. Quæritur, an a mandatore duodecim debeantur? Rescriptum est ab illo nihil deberi præter decem, quæ debitrici ex mandato eius numerata sunt: idque hac ratione maxime, quod ultra mandatum mandatoris debitrici numeratum non est.
1 Vulgò † in omnibus exemplaribus legitur, *quod ultra mandatum tuum numeratum est*. Sed refragantur verba rescripti, quæ sunt in principio, quibus proponitur debitrix non accepisse ultra mandatum mandatoris, idest, ultra decem. Ex quo vel cæco apparet, ultra mandatum mandatoris illi numeratum nihil esse. Nam ipsam accipere aliquid, & ei aliquid numerari, idem valent. Accipit enim, quod sibi numeratur; & numeratur ei, quod ipsa accepit. Non debemus igitur dubitare, quin ita legi debeat; *vel ex hoc, quod ultra mandatum tuum numeratum non est, nihil a te præses provinciæ exigi patietur.* Inest autem in his verbis ratio huiusmodi. Si creditor in proposito ultra mandatum tuum numerasset: tamen ultra mandatum tuum exigere nihil posset. *L. diligenter, D. mand.* Nunc autem ultra mandatum tuum numeratum non est debitrici. Quare vel hac ratione maxime nihil a te potest amplius exigi, quam debitrici datum est.

3 Quæ † ratio sic recte defenditur. Aut enim creditor superfluum petet mandati actione, aut aget ex pacto. Mandati agere non potest: quia mandator neque mandavit creditori, ut præter decem aliquid crederet: neque si mandasset; tamen ultra decem quidquam numeratum est. Non potest agere ex pacto: etsi enim ex pacto agi possit, ubi non est nuda conventio, ut non est nuda hæc, quæ proponitur, cum creditor decem mutua dedit debitrici, ut duodecim a mandatore acciperet; *L. legem, supr. de pact. L. solent, D. de verb. obl.* tamen sic ex omni pacto agi potest, nisi sit pactum contra leges, aut bonos mores. *L. iurisgentium, §. ait, D. de pact. L. pacta quæ contra, supra de pact.* At tale est hoc pactum, quo id agitur, ut mandator amplius præstet creditori, quam creditor numeraverit. Nam aut creditor id superfluum esse vult tanquam sortem, aut tanquam usuras pecuniæ creditæ. Si tanquam sortem: ideo iniustum pactum, quia est contra legem & rationem naturæ, ut sit quicquam in sorte, quod numeratum non est. Et hoc est, quod dicitur in *L. si tibi decem, D. de pact.* ultra quam datum est, obligationem re contrahi non posse. Si tanquam usuras: primum recte negabitur hic ullum pactum esse, ut id superfluum pro usuris cederet. Deinde ut id convenerit; tamen etiam hoc pactum iure inutile est: quoniam usuræ stipulatione tantum, non etiam pacto deberi possunt. *L. 3. supr. de usur.* Postremo etsi usuræ pacto a reo principali deberi possent; tamen a mandatore in proposito deberi non possunt, ubi constat debitricem principalem eas non debere. Nam neque fideiussor, neque mandator, neque eorum quisquam, qui alieno nomine intercedunt, in duriorem caussam obligari possunt. *L. Græce, §. illud, D. eod.* Bene igitur rescriptum hanc rationem reddidit, cur ultra id, quod numeratum est, nihil a mandatore exigi possit: quia quod ultra petitur, numeratum non est: idque secundum mandatum mandatoris, qui decem tantum mandavit credi.

Ad L. Reos. 23.

Iidem AA. & CC. Antipatro.

Reos principales, vel mandatores simpliciter acceptos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti (cum nullus de his electione liberetur) licet. S. Non. Decemb. Nicomediæ, CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Uno ex pluribus reis debendi, aut fideiussoribus convento, nihilo magis liberari cæteros quia ut ante conveniri possint; & cur.*
2. L. 2 D. de duobus reis, *exposita.*
3. *Sententiam Labeonis relatam in* L. si per imprudentiam, §. ult. D. de evict. *non probari.*
4. *Unum ex pluribus fideiussoribus, aut pluribus debendi reis pro parte conventum non ideo in reliquam partem liberari: ac ne tunc quidem, cum partem, pro qua conventus erat, solvit.*
5. *Unum ex duobus reis debendi parte simpliciter soluta, nihilominus in reliquam partem statim conveniri posse, etsi cæteri solvendo sint; in fideiussoribus contra.*
6. *Unum ex pluribus reis debendi partem pro sua persona, vel suo nomine solventem in reliquam partem liberari; fideiussorem contra; & differentiæ ratio.*
7. *Inter plures fideiussores divisa per litis contestationem actione, non posse deinceps pro uno, etiam qui solvendo non sit, cæteros conveniri; & divisa actio inter eos quando intelligatur.*
   L. liberum, supra hoc tit. *explicatur ibidem.*
8. *Divisa actione inter fideiussores, non iam amplius teneri singulos, quam pro parte; etiamsi qui fideiussores tempore ipso litis contestatæ solvendo non fuerint.*
9. *Id effici non creditoris conventione, sed sententia epistolæ D. Hadriani.*

CUm plures fideiussores dati sunt, constat ita in solidum iure teneri omnes, ut & singuli in solidum conveniri possint a creditore, si cæteri minus sint idonei. *L. 3. in fin. L. liberum, in pr. sup. hoc tit.* Sed & pro parte unumquemque conveniri posse multo minus dubitatur. Utraque res dubitationes has peperit. Quid, si creditor unum ex pluribus convenerit in solidum, dum cæteros non putat idoneos?

neos? an ea res nocet creditori adverſus cæteros: ideſt, an cæteri ea conventione liberantur; an vero eo, qui conventus eſt, non ſatisfaciente, etiam cæteri in ſolidum conveniri poſſunt? Quid item, ſi creditor pro parte cum uno egerit? an etiam hæc conventio proderit convento, ut in reliquam partem non poſſit amplius conveniri, ſi forte alter ex fideiuſſoribus ſolvendo non ſit? De his ius conſtitutum eſt partim hac lege, & *L. alt. infr.* partim *L. liberum*, *ſupr. hoc tit.* De ſingulis dicam ordine.

1 Sit † igitur prima hæc quæſtio, uno ex pluribus fideiuſſoribus, aut etiam debendi reis convento, an cæteri liberentur. Dicemus non liberari, nec prohiberi creditorem, ſi is, cum quo primo egerat, non ſatisfaciat, quominus poſſit cum cæteris in ſolidum agere, ſi ſunt plures debendi rei; aut ſi ſunt plures fideiuſſores, & is qui primo conventus eſt, non ſit ſolvendo. Sed etſi ſolvendo erit, ne ſic quidem prohiberi creditorem, quominus conveniat pro parte nondum ſoluta cæteros, ut ius ei facere concedit. *§. ſi plures*, *Inſtit. eod.* Hæc ſententia eſt huius *L. reos*, & *L. alt. h. tit.* Habet autem hanc rationem iuris certi, quod cum ſemel deberi quid cœperit, ſolutione quiſque eius rei, non conventione, aut litis conteſtatione liberatur. *L. 4. D. de his, qui deiec. vel effu. L. 1. §. ſi apud duos*, *D. dep. L. ſemper*, *§. ſi in ſepulchro*, *in fin. D. quod vi, aut clam.* Ratio autem ſumpta eſt ex conſtitutione notiſſima iuris. Nam quamdiu res debita eodem ſtatu manet, & manent perſonæ debitoris & creditoris, nunquam debitor liberatur, niſi aut ſolvendo, aut creditori ſatisfaciendo. *L. ſi rem*, *§. omnis*, *D. de pign. act. L. item*, *D. quib. mod. pig. vel hyp. ſol.* At cum unus ex pluribus fideiuſſoribus aut reis convenitur, non ideo ſolvunt cæteri, aut ſatisfaciunt creditori. Proinde hac conventione non magis liberantur, quam ſi creditor cum uno non egiſſet. Huic parti duo loci opponuntur. Primum
2 † *L. 2. D. de duob. reis*, ubi definitione de duobus reis promittendi & ſtipulandi ſimul concepta, ut diceretur, ipſo iure & ſingulis in ſolidum deberi, & ſingulos debere: ſubiicitur, quod videatur neceſſe eſſe incommune ad utroſque reos, de quibus propoſitum erat, pertinere: *ideoque petitione*, *acceptilationeque unius tota ſolvitur obligatio*. Quæ verba ſi, ut dixi, ad utroſque pertinent, nempe illa, *petitione unius*, ſic erunt accipienda, ut ſit ſenſus: ſive unus ex reis ſtipulandi petat, ſive ab uno ex reis promittendi petatur. Hoc autem poſterius contrarium huic loco. Sed ſciamus petitionem unius, quæ in ſuperiore definitione nominatur, non poſſe referri, niſi ad petitionem unius ex reis ſtipulandi. Petitio creditoris eſt, nullo modo debitoris. Eius enim petitio eſſe dicitur, qui petit, atque is eſt creditor. A quo autem petitur, qui idem debitor eſt, non dicitur eius petitio eſſe, ſed ab eo eſſe petitio: quia ſcilicet alius ab eo petit. *L. viæ*, *D. de ſervit.* Sic ergo dicitur unius ex duobus reis petitione totam ſolvi obligationem: ut intelligatur, uno ex duobus reis ſtipulandi petente debitorem huic uni incipere debere, ſimul ab altero liberari, quod & verum eſt, *L. ex duobus. 16. D. de duob. reis:* quaſi ſcilicet unus agendo, atque ita iudicio contrahendo, novam in ſe obligationem transtulerit iudicati. *L. 3. §. idem ſcribit*, *D. de pecul.* Quod certe non contra idem valet, cum ab uno ex duobus reis promittendi petitur. Neque enim litis conteſtatio deteriorem agentis conditionem facit, ſed meliorem. *L. non ſolet*, *L. nemo enim*, *D. de reg. iur.* Faceret autem hic deteriorem, ſi uno convento deſineret alter teneri actori, cui prius tenebatur. Et vero uno ex duobus reis debendi convento alterum non liberari, diſerte ſcriptum eſt in *d. L. 1. §. ſi apud*, *D. dep.* Sed de hac re ſcripſi plura ſupra, Tit. *de duobus reis ſtip. & prom. c.* VIII. Obſtat præterea huic parti *L. ſi per imprudentiam*, *§. alt. D. de evict.* ubi hæc verba ſunt: *Si plures mihi in ſolidum pro evictione teneantur* (qui plures ſunt ex hac cauſſa debendi rei) *deinde poſt evictionem cum uno fuero expertus*, *ſi agam cum cæteris*, *exceptione me eſſe repel-*
lendum, *Labeo ait*. Dicendum † eſt re- 3
ferri illic Labeonis ſententiam, ſed non probari: idque intelligi ex *L. 3. & L. ſeq. D. de his, qui deie. vel eff.* Nam cum in *L. 3.* ex Ulpiano ſcriptum eſſet, unum ex duobus reis debendi conveniri in ſolidum poſſe, & eo convento cæteros liberari: ſubiecta eſt correctio ex Paulo his verbis: *perceptione*, *non litis conteſtatione*. Idem ergo & ſententiæ Labeonis ſuperiori ſubiiciendum eſt. Idque eo magis facere debemus, quod Iuſtinianus nova conſtitutione hoc temperamentum confirmavit in *L. alt. inf. h. tit.*

Altera † quæſtio eſt, ſi creditor cum 4
uno ex fideiuſſoribus, aut pluribus debendi reis pro parte tantum egerit, an ea res proſit convento, ut in reliquam partem liberetur; an etiam pro reliqua parte conveniri

veniri possit, ut ante petitionem. Et generaliter probandum est, quemadmodum uno convento ea conventio non prodest cæteris ad liberationem: sic nec prodesse ipsi convento, ut in eam partem, quæ ab eo petita non est, liberetur: idque efficitur eadem illa ratione, qua supra usi sumus. Nam is, qui convenitur pro parte, solidum debuit. *L. 3. sup. hoc tit.* Non potuit igitur liberari ea obligatione, nisi aut creditori solvendo, aut satisfaciendo. Qui pro parte tantum conventus est, is non ideo reliquam partem solvit, aut eo nomine satisfecit creditori. Non est igitur in eam partem liberatus, non magis, quam ante. Hæc sententia de uno ex duobus reis pro parte convento posita est in *L. si ex toto, §. 1. D. de legat. 1.* De uno autem ex pluribus fideiussoribus convento colligitur ex *L. inter eos, §. 1. D. eod.* Id adeo verum est, ut quamvis creditor ab uno partem petierit, & partem etiam sit consecutus, nihilominus ab eodem possit reliquam petere eadem conditione, ut ante potuit, ut superioribus duobus locis diserte comprehensum est. Sed in hac parte aliquid inter plures debendi reos, & plures fideiussores interest. Nam cum unus ex pluribus reis partem solvit, interdum gravius tenetur, quam unus ex fideiussoribus, qui itidem partem solvit;
5 interdum tenetur levius. Gravius † in eo, quod cum is partem creditori simpliciter solvit, nihilominus creditor alteram partem ab eo statim potest petere: neque distinguitur, utrum alter ex conreis solvendo sit, an non sit, quoniam singuli in solidum tenentur: neque dividitur actio inter eos, nisi si id actum est, *d. L. si ex toto, §. 1. D. de legat. 1.* At si fideiussor, qui partem solvit simpliciter: ita demum in reliquam partem conveniri potest, si cæteri fideiussores solvendo non sunt. Nam cum alter solvendo est, dividitur actio inter eos, qui solvendo sunt ex epistola D. Hadriani, hoc in *d. L. inter eos, §.*
6 *1. D. eod.* E † converso est, ubi unus ex pluribus debendi reis teneatur levius. Nam si partem creditori solvit non simpliciter, sed nominatim pro sua persona, vel suo nomine, & creditor ita solutionem admisit: deinceps ex alterius rei persona in reliquam partem conveniri non potest idque est, quod comprehensum est in *L. si creditores, sup. de pact.* Fideiussor contra quantumvis suo nomine se dicat partem solvere, & creditor ita accipiat: nihilominus in reliquam partem conveniri potest, si alter ex fideiussoribus solvendo non sit, ut est in *d. L. inter eos, §. 1. D. eod.* De duobus autem reis debendi, non de duobus fideiussoribus agi in *L. si creditores, sup. de pact.* intelligitur ex verbo *admisisse*, quo rescriptum utitur. Proponuntur creditores admisisse unum pro sua persona solventem. Non additur, unum ex reis, aut fideiussoribus; sed nihilominus reos intelligimus, non fideiussores: quia eum solum solventem admittere dicimur, quem volentes admittimus, & a quo partem oblatam si vellemus, accipere non cogebamur: quod tunc solum fit, cum sunt plures debendi rei. Nam ab uno ex fideiussoribus partem accipere creditor cogitur, si omnes sint solvendo. *§. si plures, Inst. eod.* Quæritur differentiæ ratio. Est in promptu: nam cum unus ex pluribus debendi reis dicit se pro sua persona solvere, hoc dicit: se nolle amplius personam suam teneri soluta parte. Quem ita solventem cum creditor admittit, nempe consentit, ut is amplius non teneatur. Hic consensus pactum habet de reliqua parte non petenda. Hoc pacto debitor, qui partem solvit, liberatur. Cum autem fideiussor partem solvit pro sua persona, tametsi idem dicere intelligitur, quod supra, nimirum velle se suam personam obligatione eximi; tamen creditor ut eam partem tantum ab eo accipiat, non consentit: quippe quam ideo accepit, quia accipere cogebatur; non quia vellet quidquam remittere. Nam quod quis facere necesse habet, non intelligitur in eo voluisse esse liberalis. *L. rem legatam, D. de adim. leg.* In quam sententiam totam disserui pluribus, ut in loco, ad *d. L. si creditores.*

Interim † hoc hactenus reorum & fideiussorum plurium manet commune, ut si 7
creditor ab uno partem petierit tantum, non prosit ea res convento, quo minus idem ipse in reliquam partem conveniri possit, uti ante petitionem partis poterat. Veruntamen hoc si accipiendum erit: si creditor cum uno tantum ex fideiussoribus egerit pro parte. Diversum est, si cum omnibus fideiussoribus simul egerit, cum singulis autem pro parte, atque ita inter fideiussores actionem suam diviserit. Hoc enim cum fecit, amplius post litis contestationem unum ultra partem quam ab eo semel petiit, convenire non potest, etiamsi reliqui solvendo non sint: hæc sententia est *L. liberum, sup. hoc tit.* Illic enim ita scriptum est: *post litis contestationem divisam actionem instaurari iuris ratio non patitur.* Dividitur actio creditoris, cum adversus omnes fideiussores pro parte agitur, & ita actio tota in iudicium dedu-

Digitized by Google

deducitur divisim, ut colligere licet ex *L. inter eos*, §. 1. & §. *pen. L. amissi*, §. 1. *D. eod.* & *L. fideiussor*, *supr.* instaurari actio dicitur, cum ab eo, qui pro parte conventus erat, solidum petitur ex persona eorum, qui solvendo non sunt. Hoc fieri ius vetat, ut est in dicta *L. liberum*. Proinde hoc vetare intelligitur, ne quisquam eorum, qui pro parte initio conventi sunt, ultra eam partem postea conveniatur. Hæc sententia dubitationem non habet, cum fideiussores, inter quos actio divisa est, tempore litis contestatæ fuerunt solvendo. Nam ex epistola D. Hadriani inter eos, qui tempore litis contestatæ solvendo sunt, actio & obligatio dividitur. *L. 3. in fin. supr. hoc tit.* dicto §. *si plures*, *Instit. eodem*. Beneficium iuris hoc modo fideiussoribus singulis quæsitum, nullo eventu his auferri potest. Idcirco si inter fideiussores, qui solvendo erant, divisa actione quidam postea solvendo esse desinant: ea res ad onus eorum, qui solvendo sunt, non pertinet, ut est Papiniani responsum in dicta *L. inter eos*, §. *pen. D. eod.* Sed res non caret dubitatione iusta, si creditor diviserit actionem inter eos fideiussores, qui tempore litis contestatæ solvendo non fuerunt. Nam inter eos ex epistola D. Hadriani actio non dividitur, ut videtur: cum iubeatur inter eos tantum dividi, qui solvendo sunt. Rursum creditor partem petendo a singulis, non ideo pacisci intelligitur, ne a singulis reliquam partem petat: quo fit, ut non videatur prohiberi partem reliquam a singulis petere, etiam post litem cum singulis pro parte contestatam.

8 Sed † nihilominus & hoc verum est, divisa inter fideiussores actione, idest, omnibus conventis, & singulis pro parte, sic inter eos actionem dividi: ut non magis ab uno reliqua pars peti possit, quam peti posset, si omnes solvendo fuissent tempore litis contestatæ. Id non obscure colligitur ex *L. amissi*, §. 1. *D. eod.* Illic ita Papiniani responsum est: si ex persona pupilli tutoribus auctoribus cum pluribus fideiussoribus, qui pupillo obligati erant, actum sit iudicio, & divisa inter eos actio, cum quidam ex illis solvendo non essent tempore litis contestatæ: posse minorem in integrum restitui adversus eum, qui solvendo erit, ut in eam partem conveniatur, in quam reliqui solvendo non sunt. Cum Papinianus dicit, pupillum in integrum restitui posse, satis significat eum iure communi adversus eum, qui solvendo est, agere non potuisse. Quoties enim minor iure communi, & auxilio ordinario munitus est, cessat in integrum restitutio, *L. in caussa*, 2. *D. de minor.* Ergo maior creditor si idem fecisset, nullum remedium iure haberet adversus eum, qui esset solvendo. Id etiam satis aperte colligitur ex dicta *L. liberum*. Nam quæstio illic initio posita est de pluribus fideiussoribus, quorum quidam minus idonei fuerunt tempore litis contestatæ, & ante. Et rescriptum est, unum ex his conveniri posse in solidum ab initio; sed semel actione inter eos divisa, non licere post litis contestationem actionem instaurare. Refertur hoc igitur ad eos, de quibus quæstio posita erat, idest, ad eos, qui tempore litis contestatæ solvendo non fuerunt: quibus dicimus superiorem divisionem prodesse.

Sed adversus hanc sententiam multa disputari possunt, quæ breviter diluemus. Ac primum in eam rem hoc argumentum est. Si unus ex pluribus fideiussoribus pro parte conventus in reliquam partem liberatur, ut deinceps de ea conveniri non possit: necesse est aut iure liberetur, aut creditoris conventione. Neutrum esse reperietur. Non liberatur iure civili: nam singuli hoc iure solidum debent. *L. 3. supr. eod.* Non ex epistola D. Hadriani: nam ex hac epistola dividitur actio tantum inter eos, qui solvendo sunt. *d. L. 3. supr.* §. *si plures*, *Instit. eod.* Nos autem agimus de his, quorum quidam solvendo non fuerunt tempore litis contestatæ. Rursum non liberatur fideiussor pro parte tantum conventus creditoris conventione. Non enim si creditor partem petiit a singulis, ideo eum singulis pacisci intelligitur, ne reliquam petat, ut iam dixi: argumento est, quod si creditor ab uno solo petierit partem, non ideo is in reliquam partem liberatus intelligitur, ut supra docuimus. Quapropter ne tunc quidem liberabitur, cum creditor non cum uno tantum egit, sed egit pro parte cum omnibus.

Respondeo: † cum creditor partem petit 9
eodem tempore a singulis fideiussoribus, fateor, singulos consensu creditoris in alteras partes non liberari, certe de eo consensu nihil probare. Sed liberantur ex epistola D. Hadriani, quoties creditor inter fideiussores divisit actionem: non quidem verbis epistolæ, sed sententia. Nam epistolæ verba cogunt solum dividi actionem, cum fideiussores solvendo sunt; non autem cum solvendo non sunt. Sed si nihilominus creditor sua sponte actionem inter eos diviserit: sententia epistolæ est, ut omnes pro parte tantum deinceps teneantur, quanvis ab initio non omnes solven-

ven-

vendo fuerint: quia creditor actionem inter fideiussores dividendo solidi petitioni renuntiarit. Colligitur hæc sententia hoc argumento. Nam si creditor coactus diviserit actionem inter eos, qui solvendo erant: non potest postea ex epistola unum ex his in solidum convenire, quanvis alter desinat esse solvendo. Ergo multo minus poterit unum convenire in solidum, ubi sua sponte non coactus divisit actionem inter eos, qui iam tum solvendo non erant. Nec in eo fit creditori iniuria, atque adeo nullum damnum eius esse videtur, si sua culpa damnum sentit, ut est regula iuris. *L. quod quis ex culpa, D. de regulis iuris*. Nunc autem certa culpa eius id accidit. Nam si scibat aliquos solvendo non esse, cur non convenit in solidum eum, qui solvendo erat? si ignorabat aliquos solvendo non esse; tamen fuit in potestate eius unum quemlibet in solidum convenire: nec cogitur cæteros convenire pro parte, nisi is fideiussor, qui in solidum convenitur, id postulet, ut fiat periculo suo. *L. si dubitet*, 10. *in pr. D. eod.* Id si non fecit creditor, de se queri debet. Confirmatur hæc sententia verbis *L. liberum, supra*. Nam cum illic diceretur divisam actionem instaurari non posse, ratio hæc addita est: non quia creditor consenserit; sed quia iuris ratio id non patiatur.

Secundum argumentum adversus superiorem sententiam hoc est: Cum sunt duo fideiussores, puta, Primus & Secundus, ac Secundus solvendo non est, si creditor cum utroque pro parte agat: & volumus Primum non posse conveniri ex persona Secundi, qui solvendo non est: necesse est Primum pro ea parte liberari, aut ex persona sua, quia ipse pro parte conventus sit; aut ex persona Secundi, quia Secundus pro parte fuerit conventus. Atqui non liberatur Primus, quia sit tantum conventus pro parte. Nam si solus conventus esset pro parte, non ideo in reliquam partem liberaretur, ut supra docuimus ex *L. inter eos*, §. 1. *D. eod.* Non debet etiam liberari pro altera parte, quia Secundus pro ea parte conventus sit: quippe electione Secundi Primus non liberatur, & generaliter unius electione non liberantur cæteri, si is qui electus est, non satisfaciat, ut in hac *L. reos*, diserte constitutum est. Quare Primus in proposito nullo modo pro reliqua parte Secundi liberatur. Respondeo, sic res habet: neque Primus ideo liberatur, quia cum ipso pro parte actum sit; neque ideo, quia Secundus in reliquam partem sit electus: denique neque consensu creditoris liberatur, neque Secundi fideiussoris electione. Sed liberatur propter divisam a creditore actionem: quia hanc divisionem ius ratam habet, quasi actione divisa solidi petitionem ille remiserit, ut dixi.

Tertium & postremum in eandem sententiam argumentum hoc est: creditor antequam litem cum omnibus fideiussoribus contestaretur pro parte, potuit unumquemlibet ex his in solidum convenire si cæteri idonei non essent, *L. liberum in pr. sup.* Ergo & post litem contestatam poterit, quanvis inter eos diviserit actionem, litem contestando; quoniam nemo litem contestando deteriorem suam conditionem facit, sed meliorem. *L. non solet, L. nemo enim, D. de reg. iur.* Respondeo: quod creditor post divisam inter fideiussores actionem non potest amplius unum in solidum convenire: non fit propter litis contestationem, quæ revera nunquam nocere solet; sed fit, ut iam dixi, propter divisionem actionis, quæ tamen dividi non potest, nisi litem cum singulis creditoribus pro parte contestando. Ita rata erit hæc sententia: divisa inter plures fideiussores actione, idest, omnibus pro parte virili conventis, non posse deinceps unum ex fideiussoribus in solidum conveniri ex persona eorum, qui solvendo non sunt, sive tempore litis contestatæ omnes solvendo fuerint, sive iam tum quidam ex ius solvendo non fuerint.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Fideiussoris. 24.

Iidem AA. & CC. Pergamio.

Fideiussoris quidem heres exemplo rei principalis tenetur. Sed si idem utrisque succedat, intercessionis obligatione finita, velut principalis tantum debitoris heres conveniri potest. S. XI. Kal. Ian. CC. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Cum fideiussor debitori, aut debitor fideiussori, aut unus & idem utrique succedit, toties unam tolli obligationem, & eam fideiussoriam, non principalem: & cur ita utrumque.*

Fideiussore mortuo etiam heres ex caussa fideiussionis obligatur. §. *fideiussor non tantum, Inst. eod.* Hoc ita est: nisi hic heres sit heres debitoris eius, qui fideiussori suo prius successerat. Nam & hic heres ut debitori, ita per interpositam personam debitoris fideiussori quoque heres est. *L. 2. L. 3. D. de her. pet. L. ult. supr. de Instit.* Nunc † autem quoties aut fideiussor debitori principali, aut debitor fideiussori; aut quod idem valet, unus idemque fideiussori & debitori succedit; toties altera obligatio tollitur: quoniam necesse est natura diversos esse, eum qui fideiubet pro aliquo, & eum pro quo fideiubetur. *L. heres, §. servo, D. h. t.* Utra igitur obligatio tollitur, fideiussoria, an principalis? Placet fideiussoriam obligationem perimi, principalem manere. *d. L. heres, §. servo, L. Stichum, §. quod vulgo, D. de sol. & hoc loco.* Et recte: nam si principalem perimi vellemus, eadem opera accideret, ut tolleretur & accessoria. *L. in omnib: speciebus, D. de solut.* Itaque utraque perimeretur cum summa iniuria creditoris: nos autem unam saltem manere volumus.

Ad L. Pignoribus. 25.

Iidem AA. & CC. Philippo.

Pignoribus datis a reo principali distractis, nec post longi temporis intervallum residuum a fideiussore creditor petere prohibetur. S. VI. Kal. Ian. CC. Coss.

Creditor parte debiti soluta, res quas pignori obligaverat, vendidit, non consentiente debitore. Deinde res ab emptoribus possessæ longo tempore adversus creditorem usucaptæ fuere, iuxta *L. 1. & L. 2. sup. si adver. cred. præs. oppon.* Pignore liberato quæritur, an liberentur quoque fideiussores pro eo, quod reliquum debetur. Rescriptum est, uno genere cautionis soluto, non ideo fideiussores liberari, de qua re diximus ad *L. etiamsi, sup. hoc tit.*

Ad L. Sancimus. 26.

Imp. Iuſtinianus A. Iuliano *Præfecto pretorio.*

Sancimus, ſi quis pro alio ſpoponderit, quatenus eum intra certum tempus tradat, vel certam quantitatem pecuniarum pro eo inferat, & tempore ſtatuto iam effluente non poterit eum repræſentare, non ſtatim pecunias pro eo ſtipulatas inferre, ſed competere quidem poſt temporis lapſum omnimodo, pœnalem actionem: non autem ſtatim ſummam, pro qua fideiuſſor admiſſus eſt, profligari. Sed ſiquidem uſque ad ſex menſium ſpatium tempus ſtatutum ſit, aliud tantum ei indulgeri [ſancimus,] intra quod ſi poſſit perſonam exhibere, & eam tradere, pœna ſit liberatus. Sin autem amplius quam ſex menſium tempus ab initio conſtitutum eſt: tunc quantacunque temporis curricula data ſunt, tamen poſt lapſum eorum ſemeſtres tantum habere eum inducias intra quas ſit ei licentia perſonam & non pecunias reddere. Sin autem & ſecunda adiectio temporis excedat: tunc omnimodo pœnam pecuniariam perſolvat. Sed ſi quidem poſt ſtatutum ab initio tempus completum maluerit reum pro quo convenitur, defendere: licere ei hoc facere, niſi pacti tenor ad hoc reclamaverit, ſi forſitan ſine defenſione facienda pro eo fideiuſſit. Sed ſi defenſionem ſubierit, eam uſque ad finem implere: nulla ei licentia concedenda in medio perſonam tradere, & pecuniarum dationem effugere. Sin autem & ſecundum tempus effluxerit, nullo modo ei licentia concedatur nec ad defenſionis venire præſidium: ſed omnimodo pœnam conferat, niſi intra primum tempus quod ſtatutum eſt, reus principalis ab hac luce fuerit ſubtractus, tunc enim penitus ab exactione pœnæ liberum eum cuſtodiri oportet. Quod ſi ſecundo tempore inſtante mortuus fuerit, nihilominus pœna iam commiſſa a fideiuſſore exigatur: omnibus quæ in fideiuſſores, quando tali pœnæ fuerint illigati, ſtatuimus, & in heredes pro utilitate eorum obtinentibus. Dat. VI. Kalen. April. Conſtantinop. Lampadio & Oreſte VV. CC. Coſſ.

SUMMARIA.

1. *Summa conſtitutionis.*

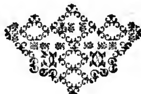
2. *Singularia conſtituta hac lege, & conſtituendi ratio.*

1 PRomiſit † aliquis ſe alium iudicio ſiſturum intra certum tempus; & niſi ſtitiſſet, promiſit pœnam, ut eſt ſpecies *L. quoties quis*, 81. *D. de ver. obl.* Intra tempus ſtipulatione conſtitutum pœnam peti non poſſe ſemper conſtitit, ſive is de quo agitur, ſiſti adhuc poſſit, ſive non poſſit, & quidem culpa promiſſoris. *L. ſi eum*, §. 1. *D. ſi quis caut.* Tempore conſtituto tranſacto, an pœna ſtatim peti poſſit, quæſitum eſt. Olim potuit, niſi quod liberari potuit promiſſor, ſi poſt tres pluresve dies ſiſteret iudicio eum, quem oportebat, & non feciſſet actoris ius deterius. *L. etſi poſt tres*, *D. ſi quis caut.*

Hic conſtitutum eſt, non ſtatim pœnam peti poſſe. Eſtque totius conſtitutionis hæc definitio. Nam ſi is, de quo ſiſtendo agitur, vivit, Iuſtinianus poſt tempus conventione comprehenſum, etiam aliud adiecit legitimum, intra quod adhuc promiſſori hominem ſiſtere & exhibere liceret. Id tempus eſt ſex menſium, ſi ſtipulatione ſex item menſes dati erant, aut longius tempus, quam ſex menſium. Quod ſi infra ſex menſes tempus conventione conſtitutum ſit: Iuſtinianus nihil expreſſit, quod tempus hic inſuper vellet adiici. Sed bene Accurſius colligit ex ſententia legis tempus conduplicari. Præterea intra hoc legi-

legitimum tempus, quod a Iustiniano adiici diximus, non solum is promissori ad liberationem hominem sistere, seu exhibere concessit; sed etiam fecit ei potestatem eius nomine defensionem suscipiendi: ut sive eum exhiberet, sive eum defenderet, pœnam non deberet: dummodo non convenisset nominatim ab initio, ut nec eum, de quo agitur, defendere liceret. In hac defensione hoc adiecit: ut si promissor absentis defensionem suscipit, sciat sibi postea liberum non esse eum hominem exhibere, sed debere ipsum in ea defensione ad extremum perseverare. Hæc, ut dixi, si is qui sisti debuit, adhuc vivit. Quod si mortuus est, siquidem intra tempus stipulatione constitutum: promissor liberatur; sin post id tempus, statim pœna committitur, & statim a promissore exigi
2 potest. Hæc † summa constitutionis, in qua duo singularia notanda sunt. Primum illud quod Iustinianus novum spatium promissori dedit ad hominem exhibendum, & pœnam evitandam. Nam ante ubicunque intra certum tempus quid fieri promittitur, & nisi factum sit, promittitur pœna, sic ius fuit perpetuum: ut si factum non esset, quod debet, ita pœna committeretur, ut eam postea purgare non liceret ad pœnam evitandam. *L. traiectitiæ, D. de oblig. & act. L. magnam, supr. de cont. stip.* contra quam Iustinianus in hac specie constituit. Constitutionis ratio & æquitas hæc videri potest: quod difficile sit homines sistere, & multæ caussæ incidant, propter quas sisti non possint; etiam cum maxime promissor voluerit, & dederit operam, ut sisteret. Itaque hanc difficultatem leniit Iustinianus longiore tempore ad exhibendum constituto. Alterum illud singulare, quod intra tempus legitimum a se constitutum fecit potestatem promissori suscipiendæ defensionis absentis. Nam alioqui ita ius est, ut qui promisit se aliquem sisturum, eum sistendo, idest, faciendo, quod promisit, liberetur: aliud autem faciendo, & generaliter aliud pro alio solvendo promissor invito creditore liberari non possit. *L. 2. §. 1. D. si cer. pet.* Cur ergo Iustinianus hic contra constituit adversus creditorem? quia hoc constituto, non ideo videtur creditori fieri iniuria, sed potius id præstari, quod promissum est: si spectamus id, quod actum fuit, idest, mentem, & propositum contrahentium. Nam ideo promittitur quis sisti, ut sit creditori eius conveniendi, & cum eo iudicio agendi copia; satis autem conveniri videtur, qui aut per se defenditur, aut per alium qui condemnatus iudicatum facit. *L. 2. D. quib. ex cauf. in poss. eat.*

Quod Iustinianus constituit, ut homine, de quo agitur, intra tempus conventionale defuncto liberetur promissor; & hoc item ius vetus est. *L. si decesserit, D. qui satis. cog.* cuius ratio redditur in *L. si homo, D. de verb. obl.* Quod constituit, ut homine post id tempus defuncto statim pœna peti possit, habere potest dubitationem ex præcedentibus partibus huius constitutionis. Quæritur enim, quare & in hac caussa Iustinianus non conduplicaverit tempus, ut fecit, cum is homo, de quo agitur, adhuc vivit. Sed ratio non est obscura. Quippe nequidquam in hac specie tempus novum daretur. Nam prius dabatur tempus novum eius hominis exhibendi, aut defendendi gratia. Inepte daretur hoc tempus eo homine iam mortuo: cum mortuus neque exhiberi, neque defendi possit.



Ad L. Si fideiussor. pen.

Idem August. Ioanni *Præfecto prætorio.*

Si fideiussor nullam quidem cautionem faciat, ostendens se fideiussorem extitisse, præsentibus autem tabulariis hoc confessus est, quod in fide sua eum suscepit: dubitabatur a Palæstina advocatione, utrumne post duos menses liberetur, quasi sine scriptis fideiussione facta secundum generalia edicta sublimissimæ prætorianæ sedis: an, utpote scriptura interveniente, teneatur. Et divisio alia introducebatur, si idem iuris esse debeat tam in publicis caussis, quam in privatis. Sancimus itaque, nisi confessio literis exposita fuerit a fideiussoribus ex repræsentatione personarum, licet attestatio super hoc processerit, attamen adhuc sine scriptis esse fideiussionem, videlicet in caussis privatis existimari: & duobus mensibus effluentibus, ab huiusmodi nexu fideiussores liberari: nisi in tempus certum data est fideiussio. Tunc enim in tantum eam extendi in quantum etiam attestatio fuerit expressa. Sin autem in publica caussa [necessitas interveniat] tunc omnimodo attestationem pro scriptura haberi. Multis etenim privilegiis propter publicas necessitates publico iuri præstitis, non ab re est & nos huiusmodi prærogativam ei condonare. Dat. XII. Kalend. Mart. Constantinopol. post consulatum Lampadii, & Orestis VV. CC.

IN præfectura Ioannis præfecti Prætorio hæc lex servabatur: ut si fideiussor promisisset aliquem iudicio sisti, siquidem & scriptis intervenientibus, perpetuo teneretur; sine scripto autem liberaretur post duos menses. Hoc iure posito, ex facto quæsitum est. Fideiussor promisit aliquem iudicio sisti sine scriptis. Postea apud tabellarium confessus est se id promisisse, & eius confessionis instrumentum factum est. Quæstio, an hic videatur in scriptis promisisse, an sine scriptis? ut sic intelligamus, an is ad legem suprascriptam pertineat, an non pertineat. De ea re hic ita constitutum est; siquidem de caussa civili agatur: videri fideiussionem sine scripto factam, ut scilicet initium spectemus: ideo fideiussorem secundum legem suprascriptam post duos menses non teneri. Sin in caussa criminali idem factum sit: videri contra fideiussionem in scriptis factam, ut sic fideiussor perpetuo teneatur: quia res pendi debeat ex contestatione sequente, non ex eo, quod ab initio factum sit. Cur hæc tam varie, cum utrobique factum sit idem? Ait Iustinianus, id se propter utilitatem publicam in caussa criminali constituere. Quænam ergo ista est necessitas, & utilitas publica, quam intelligit? Ea est, quam dicimus in persecutione delictorum versari. Reipublicæ enim interest delicta non manere impunita. Pertinet id ad vigorem disciplinæ publicæ, propter quam utilitatem multa iure civili contra regulas communes iuris recepta esse constat. *L. ita vulneratus, vers. quod si quis, D. ad L. Aquil. locatio, §. quod illicite, D. de public.*

Ad L.

Ad L. Generaliter. ult.

Hæc lex exposita est ad *L. reos, supr. hoc tit.*

LIBERATIONUM DIVISIO, HARUM GENERA,

Et sequentium duorum titulorum argumentum, ac sedem in hoc genere indicans.

SUMMARIA.

1. *Ipso iure tolli obligationem quid.*
2. *Liberationum, quæ ipso iure contingunt, genera.*
3. *Solutio.*
4. *Compensatio.*
5. *Obsignatio.*
6. *Nudo consensu quæ tollantur obligationes.*
7. *Novatio.*
8. *Acceptilatio.*
9. *Mutatione prioris status obligationis quibus modis tollatur obligatio.*
10. *Confusio.*
11. *Interitus rei debitæ.*
12. *Duarum caussarum lucrativarum concursus.*
13. *Tempore quæ, & quomodo finiantur obligationes.*
14. *Pacto obligationem ad tempus constitui non posse ipso iure.*

Diximus ad titulum *de exceptionibus, supra*, liberationum genera summa esse duo: aut enim ipso iure liberari debitores, aut per exceptionem. Quibus modis liberetur quis per exceptionem, illic indicavimus. Sequuntur liberationes eæ, quæ ipso iure contingunt, quo ex genere sunt hæ, de quibus proximis tribus titulis agitur, sed paucæ ex innumeris. Plures Iustinianus in *Instit. Tit. quib. mod. tol. obl.* hoc argumentum ex professo tractans complexus est. Non plures tamen, quam quæ ex voluntate reorum contingunt: ac ne eas quidem omnes. Quas ut esset complexus; non tamen haberemus omnes species huius generis, sunt enim non paucæ, quæ & sine voluntate reorum eveniunt. Quare cum de liberationibus sint hi tituli, qui sequuntur: ne quis iam ab initio eo numero deceptus in his generibus versari omnes liberationes existimet; simul ut monitus longe plura genera esse, hæc ipsa, quæ sunt, iam ante animo perspicere possit, & videre, illæ quæ sequuntur, ad quod ex his genus referri debeant; recte fecerimus, si initio liberationum omnium illarum, quæ iure ipso obligationem tollunt, genera, eorumque generum species breviter complectamur. Id ita commodissime consequi posse videmur.

1 Ipso † iure liberatio est, cum qua obligatione prius tenebatur debitor, ea ita tollitur verbis ipsius legis, ut nulla amplius
2 superfit. Tollitur † hoc modo iure communi omnis obligatio dupliciter. Aut enim solvitur eorum facto, ad quos ea res pertinet: aut his etiam invitis sua sponte extinguitur. Prioris generis sunt eæ liberationes, quæ sequentibus titulis exponuntur. Posterius genus, ut dixi, totum & hoc loco, & in Institutionibus in hoc argumento prætermissum est. Facto reorum obligatio partim solutione tollitur, partim dissolvitur consensu.

Solutio † est præstatio rei debitæ. *L. solutam, D. de solut.* Hac præstatione maxime naturaliter tollitur omnis obligatio. *Inst. quib. mod. toll. obl. in princ.* Nam obligatio omnis huc spectat, ut aliquid præstetur, ut declarat obligationis definitio, *Instit. de obl. in pr.* Ita hoc præstito obligationi satisfactum est. Solutionem cum dicimus, etiam eas species volumus intelligi, quæ solutionis vicem habent. Hæ duæ sunt: Compensatio, & Obsignatio pecuniæ debitæ. Compensatio † est crediti & debiti invicem contributio. *L. 1. D. de compens.* Hæc ita fit, cum ex duobus, quorum uterque & debitor esset & creditor, unus debitum cum credito contribuit. Hoc modo iure ipso tollitur obligatio: non alia de causa, quam quod compensatio pro solutione habetur, ut est in *L. 4. sup. de compensation.* Et recte habetur: sic enim debitor compensare intelligitur, cum quod a creditore suo sibi debitum exigere poterat, id apud eum esse vult pro soluto, quod perinde est, ac si id a creditore exegisset, & acceptum illi solvisset. Hic ordo naturalis futurus erat: sed celeritate actionum coniun-

iungendarum hic circuitus vitatur, iuxta *L.* 3. *§. ult. D. de don. int. vir. & ux.*
5 De † obsignatione est in *L. obsignatione, inf. de sol.* ubi dicetur. Sine solutione consensu dissolvitur obligatio, cum id agitur, ut ab obligatione discedatur: sive ut qui tenebatur, amplius non teneatur. Id contingit alias nudo consensu; alias cum legitimus aliquis actus ad con-
6 sensum accesserit. Nudo † seu solo consensu obligationes dissolvuntur, quæ consensu contractæ erant, cum id agitur rebus adhuc integris, ut ab obligatione recedatur. Huiusmodi contractus sunt, emptio venditio, locatio, conductio, societas, mandatum. De hoc genere est in *§. ult. Instit. quib. mod. tol. obl. L. ab emptione. D. de pact* Hoc modo cæteræ obligationes non tolluntur. Vetat regula iuris, quæ dictat, secundum naturam esse unumquodque dissolvi eo modo, quo colligatum est *L. nihil tam naturale, L. fere quibuscumque, D. de reg. iur.* Sed tolluntur tamen & cæteræ obligationes consensu, cum ad consensum idoneum aliquid, quod valeat ad liberationem accesserit. Quam ad rem recepta sunt genera duo, Novatio & Acceptilatio: in quibus præter consensum licet observare hæc, quæ confirment liberationem, partim obligationem novam, partim verba, partim litis contestationem, de quibus postea suis locis.

7 Novatio † est prioris obligationis in aliam transfusio. *L.* 1. *De novat.* Vel hinc intelligitur sic novatione nasci novam obligationem, ut simul tollatur prior translata in posteriorem, *d. L.* 1. *L.* 2. *D. de novat.* De hoc genere est in *§. praeterea, Instit. quib. mod. tol. obl.* De eo dicemus amplius ad titulum proximum
8 *De novat.* Acceptilatio est † verborum conceptio, quibus creditor a debitore interrogatus, an quod sibi debetur, acceptum habeat, acceptum ferat, respondet se acceptum habere, acceptum ferre. Hoc modo non omnes obligationes tolluntur, sed quæ verbis, idest, stipulatione contractæ erant: idque efficit eadem illa regula iuris, quam ante dixi *d. L. nihil tam naturale, D. de reg. iur.* De hoc genere est in *§. item per acceptilationem, Inst. quib. mod. tol. obl.* Et de eo nonnihil amplius attingemus ad tit. *De accept. infr.*

Non solum consensu tollitur obligatio, quod fit superioribus modis; sed etiam invitis & ignorantibus iis, ad quos ea res pertinet: quod erat alterum genus iustæ liberationis. Hoc modo extinguitur obligatio dupliciter. Nam aut mutatione prioris status intercidit, aut finitur tempore. Licet enim nobis hoc loco brevitatis caussa amissionem rei, quæ salvo corpore contingit, ad mutationem prioris status referre, ut interitu rei contineatur: etsi in iure quoque harum rerum nonnihil intersit. Neque enim nunc omnia genera liberationum exacte persequimur: sed tantum genera summa leviter indicamus, plenius alias de his & subtilius suo loco per opportunitatem dicturi. Mutatione † prioris status intercidit, quoties 9
res redit in eum casum, a quo incipere non potest, quæ perpetua iuris definitio est in obligatione ex contractu. *L. pro parte, D. de servit. L. existimo, D. de verb. obl.* Nulla ab initio contrahi obligatio, aut consistere potest sine personis debitoris & creditoris, inter quas contrahatur: nulla sine re, quæ deducatur in obligationem: nulla sine eo, ut quid inde creditori acquiratur. Proinde sive personæ istæ postea esse desinant; sive desinat esse res, quæ possit deberi; sive iam inde creditori nihil acquiri possit, obligatio sua sponte ex eventu intercidit, rediens in eum casum, a quo incipere non poterat. Hinc hæc genera liberationum nata, ut extinguatur obligatio; a personis, confusione; a rebus, interitu rei debitæ, a potestate acquirendi, dominio rei debitæ creditori quæsito.

Confusio † est: cum creditor debitori, 10
aut debitor creditori suo succedit. *L. debitori. sup. de pact. L. Stichum, §. aditio, D. de solut.* Hic confundi obligatio dicitur, quia concurrunt in unam personam obligatio & actio, in qua persona & hæc confunduntur: cum scilicet idem creditor esse incipit, & simul debitor, quod natura non patitur. Ex quo evenit, ut obligatio hoc modo extinguatur.

Interitu † rei debitæ, qui sine culpa 11
& mora debitoris contigerit, omnis debitor liberatur. *L. ex legati, D. de verb. obl. L. quod te, D. si cert. pet.* Hoc ex eo, quod sine re ab initio consistere non potuit obligatio: quo fit, ut ea re sublata res redeat in eum casum, a quo incipere non poterat, ac proinde tollatur *§. item contra, Inst. de inutil. stipulat.* Si culpa debitoris res pereat, vel quia rem debitam occidit, vel quia mora eo facta est, quominus eam recte daret: perinde tenetur quasi res extaret. *d. L. si ex legati, & L. seq. L. nemo, §.* 1. *D. de verb. obl.* Interitum rei cum dico, non tantum intelligo naturalem interitum; sed & civilem, cum res debita ex hominum commer-

merciis eximitur. *d. §. item contra, Inst. de inut. stip. L. inter, §. sacram, D. de verb. oblig.*

12 Dominio † rei debitæ creditori quæsito eadem de caussa obligatio exstinguitur: quia ab initio res nostra nobis deberi non potest. *Inst. de inut. stip. in pr.* Sed hoc ita temperatum est a veteribus, ut ita demum dominio rei debitæ creditori quæsito, debitor liberetur, si res debeatur ex lucrativa caussa, eademque ad eum pervenerit ex alia caussa lucrativa. Ut, si res aliena ei legata sit testamento alicuius, deinde sit donata a domino: heres is a quo legata erat, ipso iure liberatur. *L. omnes debitores, D. de obl. & act. §. si res aliena, Inst. de legat.* Quod si res ex caussa lucrativa debita, pervenerit ad creditorem ex alia caussa onerosa; puta quia prius legatam, aut donationis caussa promissam ab eo, qui dominus non erat, postea vel ex permutationis caussa, aut in dotem a domino accepit: debitor prior non liberatur. *L. ex promissione, D. de obl. & act.* Idemque e converso dicendum est, si res creditori empta sit; deinde ad eum pervenerit ex caussa lucrativa. Verum hic occurritur veteribus: nam quocunque modo res debita facta sit creditoris, semper verum est, rem illi amplius dari non posse, atque ita rem rediisse in eum casum, a quo incipere non poterat. Cui consequens erat, etiam hoc modo tolli obligationem, secundum constitutionem illam iuris supra a nobis positam, & ab his ipsis veteribus receptam: quod illi in hoc temperamento mutant. Imo illi hic omnia secum admodum consentienter. Cum enim res ex caussa onerosa pervenit ad creditorem, perinde habetur, quasi non pervenisset: propterea quod creditori pro ea re aut pretium abest, aut alia res pro pretio. Sic autem definierunt iidem illi veteres, & recte: ei rem abesse videri, cui pro re tantundem abest. *L. Labeo & Sabinus, D. de verb. sig.* Tempore † finitur ob- 13
ligatio ipso iure, cum lege obligatio & actio ad certum tempus constituta est: exemplo est redhibitoria, & actio, quanto minoris res valuit, quam empta est: quarum illa intra sex menses; hæc intra annum datur edicto ædilium, *L. sciendum, §. ult. D. de æd. ed.* nempe prior post sex menses nulla erit, posterior post annum. Idem accidit in omnibus honorariis actionibus ex maleficio, quæ intra annum constitutæ anno finiuntur, *L. in honorariis, D. de obl. & act.* Si ab initio simpliciter actio constituatur lege; deinde aliis legibus caveatur, ut actio duret tantum ad triginta, aut quadraginta annos: sic hæc derogatio accepta est, ut posteriore lege non tollatur obligatio ipso iure post triginta, aut quadraginta annos; sed tantum per exceptionem, quæ dicitur præscriptio temporis. *L. omnes, L. sicut, supr. de præsc. trig. vel quadr. ann.* Scilicet quia ab initio sine præfinitione temporis obligatio constituta erat, quæ cum sit una ex legibus prioribus, non recte videntur leges priores in ea obligatione pro parte temporis luberi manere, & pro parte abrogari. Ita manent in omne tempus ipso iure; sed post tempus posterioribus legibus constitutum exceptione opposita oblique abrogantur. Illud † mo- 14
nendi sumus, solum hoc lege effici posse, ut constituatur obligatio ad tempus ita, ut transacto eo tempore finiatur. Cæterum pacto ad tempus obligatio constitui non potest, quin post tempus iure civili obligatio maneat. Sed post tempus petenti obstabit pacti, seu doli exceptio. *L. obligationum fere, D. de obl. & act.*

AD TITU-

AD TITULUM XLII.

DE NOVATIONIBUS ET DELEGATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Novatio quid.*
2. *Novatio fit solum per stipulationem, & litis contestationem, non nudo consensu.*
3. *Naturalem pupilli obligationem posteriorem verbis inductam ad novationem sufficere; servi non item: & cur.*
4. *Novationem nullam esse sine animo novandi, & eo verbis nuncupato.*
5. *Novatio voluntaria & necessaria.*
6. *Voluntaria quae; & quomodo fiat tum cum debitore, tum cum extraneo.*
7. *Delegatio, quid.*
8. *Voluntariae novationis effectus.*
9. *Necessariam novationem fieri lite cum vero debitore contestata.*
10. *Litis contestationem novationem habere, & hoc quam verum sit, & quatenus.*
11. *Novatio necessaria per litis contestationem quibus in rebus spectetur pro commodo creditoris.*

1 NOvatio, ut supra attigimus, est † prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem transfusio, atque translatio, sic Ulpianus in *L. 1. D. eod.* Fit haec translatio duabus his rebus intervenientibus: nova eiusdem debiti obligatione contractus; & interposita novandi voluntate. *d. L. 1. D. eo. & L. 3. in*
2 *fin. inf. hic.* Nova † obligatio ad eam rem utilis contrahitur aut stipulatione, aut iudicio de eadem re suscepto, seu per litis contestationem. Unde & totidem modis dicitur fieri delegatio, species novationis in *L. delegare, D. eod.* Quippe ex stipulatione nascitur actio de iure civili. *§. de constituta, Instit. de act.* Iudicio autem recepto contrahitur, sicut stipulatione. *L. 3. §. idem scribit, D. de pec.* Solus consensus, seu nudum pactum ad novationem nihil prodest, quamvis animus novandi accesserit: non tam ideo, quod ex pacto non nascitur actio (quid enim, si quis hinc naturalem nasci obiiciat, quae ad novationem sufficit?) quam quod pacto non tollitur obligatio civilis nudo consensu non contracta. *L. si unus, §. pactus, D. de pact.* Novatione autem priorem obligationem tolli volumus. At potest obligatio prior tolli verbis, idest, stipulatione: quia in stipulationibus ius versatur, ut est in *d. L. si unus, §. pactus.* Potest & iudicio propter rerum iudicatarum auctoritatem, quam servari publice interesse putatur. *L. servo, §. cum praetor, D. ad Trebell.* Unde haec inter se comparantur in *d. L. 3. §. idem scribit, de pecul.* Hinc extra iudicium ubique ad novationem verba & verborum obligationem exigi, ac per haec novationem fieri dici videmus, ut *L. 1. L. 2. D. eo. L. 3. in fin. infr. eod.*

Sed † notandum, dum superiorum alterutrum intervenerit, stipulationem dico, 3
aut iudicium: nihil referre ad novationem, quae obligatio nova inde contracta sit; civilis, an naturalis. Etiam naturalis ad eam rem sufficit: ut, si pupillus sine tutoris auctoritate novandi animo promiserit, fiet novatio. *L. 1. D. eod.* atque hoc modo res amittetur videlicet: ubi & liberabitur prior debitor novatione, & posterior obligatio, quae tantum est naturalis, nulla futura est, ut hoc explicatur in *§ praeterea, Inst. quib. mod. toll. obl.* Additur tamen ibidem non idem iuris esse, si a servo quis fuerit stipulatus novandi caussa: nam tunc priorem perinde obligatum manere, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Et tamen obligantur servi naturaliter. *L. servi. D. de obl. & act.* Sed hoc ita est in caeteris caussis. Exceptae sunt caeterae: quare adeo servus capax non est, ut in his nihil putetur agere, eoque nec ex his obliget dominum etiam de peculio. Hae caussae sunt, iudicium, compromissum, iusiurandum, intercessio. *L. 3. §. si filiusfamilias, §. si servus, D. de pec.* Est autem species intercessionis pro alio obligationem in se suscipere novandi animo, *L. 2. §. ult. D. ad Vell. L. 1. C. eod.* Nihil † agit ad 4
novationem nova obligatio de eadem re suscepta, ne civilis quidem, nisi animus novandi accesserit. Sine hoc nulla fit novatio; sed posteriore obligatione secuta pro una duae constituuntur obligationes, vetus, & nova. *L. 3. in fin. infr. hoc tit. L. 2. D. eo.* Hunc animum magna ex parte placebat veteribus satis probari coniectura voluntatis, si in posteriore stipulatione, aut nova persona intercederet, aut aliquid rei novae: puta si dies, aut conditio

tio obligationi adiiceretur. Deuique hunc animum coniecturis iuquirebant: ex quo magnæ controversiæ nascebantur. Quæ res præbuit occasionem constitutioni Iustiniani, quæ est *L. ult. inf. hic.* qua omnem ansam superioribus controversiis præcidens cavit, ne aliter posteriore obligatione interposita novatio fieri intelligeretur, quam si nominatim dictum esset ideo adhiberi, ut novatio fieret: qui locus explicator pluribus in *§. praeterea, Inst. quib. mod. tol. obl.*

Sed neque hæc istius animi probatio ad omnem novationem pertinet, neque omnis novatio ad tollendam obligationem eandem vim habet. Genera hic nobis distinguenda sunt: ex quibus quid sit proprium
5 singulorum intelligetur. Novatio † omnis aut voluntaria est, aut necessaria. Voluntariam quandam esse, & hanc potissimum dici novationem, inter omnes convenit: an ulla sit necessaria, ambigitur. Ego esse puto, & indicari genus utrumque in *L. aliam, D. eod.* de quo dicam amplius suo
6 ordine. Voluntaria † est, quæ fit libera voluntate & consensu eorum, inter quos res agitur, non ulla iudicii necessitate. Hæc aut cum debitore ipso vetere interponitur, aut cum alio debitoris obligationem in se suscipiente. Cum debitore ita, ut creditor a debitore suo idem, quod prius debuit, aut aliud pro eo stipuletur novandi animo. Iudicio cum eo suscepto nulla fit eiusmodi novatio: quoniam debitor a creditore suo conventus necesse habet iudicium suscipere, utpote illi iure obligatus, & propter obligationem obstrictus actione, idque est, quod dicitur iudicium reddi in invitum, *L. inter, §. 1. D. de verb. obl.* Cum alio interponitur novatio, cum debitoris obligationem extraneus in se suscipit novationis caussa. Id vero facere quivis extraneus potest superioribus illis duobus modis, quibus novationem fieri posse dixi: stipulatione, & iudicio, seu litis contestatione. Stipulatione: cum stipulanti creditori promittit novandi animo idem, quod reus debuit, aut aliud pro eo, *d. §. praeterea, Inst. quib. mo. toll. obl.* Iudicio, seu per litis contestationem: cum pro debitore se offert liti, & pro eo iudicium suscipit eodem animo novandi. Hoc modo eum obligari, qui iudicium suscipit, iam dixi: cum iudicio contrahatur, *d. L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* Sed & debitorem eo facto etiam invitum & ignorantem liberari certi iuris est. *L. solutione, 23. D. de sol.* Quo iure? Non dubium, quin novatione, cum ex præcedente caussa ita constituatur nova obligatio, ut prior perimatur: quod est novationis. *L. 1. D. eod.* Et si quidem hic extraneus non mandante debitore ultro obligationem ita in se suscipit, nihil amplius in eo exsistere dicitur, quam novatio. Quod † si iubente, 7
& hunc reum creditori dante debitore, is suscipit debitoris obligationem, fit ea species novationis, quæ proprie dicitur delegatio. Est enim delegare vice sua alium reum dare creditori, *L. delegare, D. eod.* dare inquam, com effectu, ut & qui datur, volens reus fiat, & creditor volens volentem admittat. Nam neque delegatur quisquam invitus, nec nisi consentiente, & stipulanti promittente, aut agenti respondeute debitore, de quo dicetur *ad L. 1. inf.* Novationis † huius voluntariæ 8
vis prope iam intellecta est. Nempe obligationem novam constituit, & tollit priorem. *L. 1. D. eod.* Novæ, si civilis est, vis ea, quæ foret sine novatione: ut sit nimirum actio nova creditori adversus eum, qui novavit, sive is debitor est, sive extraneus; si naturalis, totum amittitur creditori. Vetus autem & prior actio ita tollitur, ut nulla supersit adversus veterem debitorem, qui ita liberatur, ut si forte delegatio facta sit, nec solvendo sit debitor delegatus, nihilominus liberetur debitor, qui delegavit, ut hic quoque pereat res creditori, bonum enim nomen fecit creditor, qui admisit debitorem delegatum, hoc in *L. inter, §. abesse, D. mand.*

Necessaria † novatio est, quæ fit per 9
litis contestationem tunc, cum iudicio agitur cum ipso debitore. Novationem hic fieri dicimus ex definitione: siquidem hic omnia congruunt, quæ conveniunt novationi. In novatione novam obligationem quærimus, in quam deducatur prior. Et hæc nova iudicio contrahitur de ea ipsa re, quæ prius debebatur, quæ & ipsa deducitur in iudicium. *L. 3. §. idem scribit, D. de pecul.* Novatione sic nova constituitur obligatio, ut prior perimatur. Hoc & in litis contestatione cum debitore interposita accidit. Fit autem & hoc a creditore animo novandi, ut paulo post utrumque ostendemus. Nihil igitur hic deest ad novationem. Quod si hic novatio est, non potest, quin sit necessaria: quoniam, ut ante dixi, iudicium cum vero debitore institutum tale est, quod reddatur in invitum: proinde tale, quod debitor invitus suscipere necesse habeat. *L. inter, §. 1. D. de verb. obl.* Recte igitur necessaria novatio dicta, quæ ex ea necessitate iudicii suscipiendi nascitur. Sed & vo-

& voluntariæ quæ recte opponatur, nulla est, nisi necessaria. *L. alienationes*, *D.*
10 *fam. erc.* Sed † prius est, ut constet, illa litis contestatione, seu iudicio accepto fieri novationem: de quo inter omnes non convenit. Et vero magna caussa est, cur hic negetur ulla inesse, quod & probat Accursius *ad L. ult. in pr. sup. de us. rei iud.* Nam in *L. aliam*, *D. eod.* unde hæc divisio potissimum sumitur, de necessaria illa novatione nihil exprimitur. Sic enim tantum verba sunt: *aliam caussam esse novationis voluntariæ, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt:* nec deinceps iudicium acceptum, seu litis contestatio dicitur esse, aut nominatur novatio. Quod si de re quæritur, deque veterum hac de re responsis, omnia videntur hic novationem repudiare. Agitur hic de litis contestatione cum debitore interposita. Constat neminem ita iudicio agere cum debitore, ut quidquam amittat, sed ut ius suum retineat potius, & si fieri potest, augeat. Absurdum igitur dici litis contestatione priorem obligationem tolli creditori, quod tamen futurum est, si hic ullam novationem intelligimus: cum nulla sit novatio, nisi nova obligatione contracta simul etiam prior tollatur. Idque ipsum regulæ iuris aperte confirmant, quibus declaratur, neminem persequendo, & litem contestando deteriorem conditionem suam facere, sed plerumque meliorem. *L. non solet*, *L. nemo enim*, *D. de reg. iur.* dicta *L. aliam*, *D. de novat.* Congruunt responsa veterum, qui cum faterentur novatione pignus tolli, iidem tamen iisdem in locis scribunt lite cum debitore de debito contestata non item hac contestatione pignus tolli, sed nihilominus, ut prius obligatum manere, ut *L. solutum, in pr. D. de pig. act. L. grege §. etiam, D. de pig.* Sed verius est inesse quoque & in litis contestatione suam novationem, eamque necessariam: non sane semper, sed quibus in rebus commodum actoris id exigere videbitur. Primum ex verbis *d. L. aliam*, satis hæc novatio colligitur. Nominatur enim novatio quædam voluntaria. Ex quo intelligitur aliquam esse non voluntariam. Nam si nulla est, nisi voluntaria, sufficiebat ita dicere, aliam esse caussam novationis, aliam iudicii accepti. Deinde iudicium acceptum opponitur novationi voluntariæ: quorsum, nisi ut intelligamus in iudicio inesse novationem necessariam, cui soli voluntaria recte opponitur? Sed & ibidem aliqua in re tantum distinguitur novatio voluntaria a iudicio accepto. Ex quo rursum colligitur istas res aliqua in re esse similes: in eo autem similes, quod utraque novationem habet, de qua illic disserit Paulus; verum effectu dissimili, quem effectum eo loco idem Paulus ostendit. Sed & sublata est dubitatio ex *L. ult. §. & ideo, sup. de usu rei iud.* ubi Iustiniani sententia est in hæc verba: *actione iudicati priorem contractum novari.* Actione iudicati, ille dixit, non litis contestatione: quia etsi dicamus per litis contestationem, seu iudicio accepto novationem fieri; sic tamen intelligimus, ut fiat sub conditione, si secundum actorem iudicatum erit, & ideo effectu non fit novatio, nisi post rem iudicatam. Ne illa nos hic impediant, quæ supra obiiciebamus. Non enim dicimus litis contestatione passim fieri novationem, dum ita inducitur nova obligatio, ut tollatur prior: sed tantum pro commodo creditoris, & ut eius persecutio id exigere videbitur. Itaque quod dicitur litis contestatione non fieri deteriorem conditionem actoris, admittimus, neque volumus hic novationem inesse, nisi quæ prosit. Qua ratione, & illud concedimus, lite contestata, de sorte nihilominus pignus manere: quia isto modo noceret novatio actori, non prodesset, quod non recipimus. Sed est, cum expediat actori sic induci iudicio accepto novam obligationem, ut prior in hanc transferatur. Quatenus id fit, sciamus & hactenus novationem fieri pro commodo creditoris. Quam & ipsam veteres hic receperunt. Nam de animo novandi cur tum dubitetur in actore, nihil est: qui agendo nihil aliud spectat, quam ut sibi quam optime consulat. In eo autem consensum exigere eius, cum quo agitur, absurdum sit: cum adversus eum invitum iudicium reddatur. Licet † 11
autem hanc novationem pro commodo creditoris in his tribus agnoscere; in petitione unius ex reis credendi; in usuris rei iudicatæ; in pœnalibus actionibus iudicio inclusis. Unus ex reis stipulandi, si cum promissore agat: traditur in *L. 2. D. de duo. reis*, ea petitione totam solvi obligationem. An iudicati? sed hæc potius petitione & litis contestatione constituitur, *d. L. 3. §. idem scribit, D. de pec.* Tollitur ergo prior. Quo iure? non potest aliud hic intelligi, quam novationis: dum ita constituitur nova iudicati obligatio, ut in hanc deducatur prior, deducta perimatur. Atque hinc novatio, quod unus ex reis stipulandi agendo hoc animo est, ut totam actionem propriam suam efficiat, quod non aliter fit, quam si alteri stipulandi reo actio adimatur. Et

vero

Digitized by Google

vero ei adimitur. Unde placet amplius ei promissorem solvere non posse. *L. si ex duobus, 16. D. de duob. reis.* In quo licet manifestius hanc novationem animadvertere: quæ quia agenti expedit, ideo pro commodo eius æstimatur. Eandem istam novationem in domino & procuratore litis tanquam duobus eiusdem pecuniæ creditæ reis evidenter agnoscas. Nam cum dominus procuratorem ad agendum dedit, incipiunt duo eiusdem rei nomine directam actionem habere: dominus propriam, procurator mandatam. Quod si procurator iudicio agere cœperit: ipse agendo sic priorem actionem transfert in actionem iudicati, ut hanc sibi acquirens simul & veterem perimat, atque hoc modo auferat priori domino, ut in uno ex duobus reis stipulandi agente fieri modo diximus. Unde procurator post litem a se contestatam dominus litis fieri dicitur; prior autem, qui dominus fuerat, dominus esse desinere, ita, ut nec suo nomine litem possit persequi. *L. procuratoribus, sup. de procur.* Quod certe non alia de caussa fit, quam quod lite a procuratore contestata priori domino actio sublata est, translata in procuratorem; neque est sublata, nisi ista, quam dicimus, litis contestationis novatione. In usuris rei iudicatæ eandem novationem prioris actionis necessariam esse creditori visum est, quo eas centesimas consequatur, ut explicatur in *d. L. ult. in princ. supr. de usur. rei iud.* In pœnalibus actionibus adversus heredes transmittendis hanc ipsam novationem agnoscas. Lite contestata pœnæ persecutio transit adversus heredes, *L. constitutionibus, L. sciendum, D. de obl. & act.* An ita, ut vetus actio transferatur; an nova tantum iudicati, quæ litis contestatione contracta est? Nova omnino, non vetus, quæ morte delinquentis extincta est. Ius certum est heredes pœnæ non teneri, heredes in pœnam non succedere: *L. pen. D. de op. no. nunt. d. L. constitutionibus, de obl. & act.* Quod si ita est, novationem prioris factam oportuit litis contestatione, dum priore sublata constituitur nova, quæ in heredes transferatur. Et tamen quia prior deducta est in posteriorem, quasi adhuc insit in posteriore, ideo dicitur prior per litis contestationem transmitti, & eadem perpetuari. *L. omnes, D. de obl. & act. L. ult. in fin. D. de fid. tut.* Ex quibus iam intelligi potest, quid distent hæ novationes inter se, voluntaria & necessaria: sive caussas & rationem utriusque inducendæ spectemus, sive vim & potestatem. Sed Iustiniani constitutio, quæ est de novatione, *L. ult. inf. hoc tit.* exigit ad novationem, ut nominatim dictum sit, secundam obligationem interponi novationis caussa. An ergo & post eam constitutionem etiam isti novationi necessariæ locus erit: ut scilicet sola litis contestatione superiora commoda actori tribuantur? Et cum sint illa commoda, atque illa novatio ex iure vetere certo, etiam nunc manere oportet, si non sunt sublata. Neque vero abrogantur Iustiniani constitutione: quæ de voluntaria novatione scripta, sine dubio ad necessariam non pertinet. Exigit enim constitutio, ut contrahentes de animo novandi exprimant; loquitur præterea de iis, quæ in secunda obligatione adiiciuntur ex consensu, quod apertius declaratur *in §. præterea, Inst. quibus mod. tol. obl.* Omnia eorum tantum propria, qui ex consensu ad secundam obligationem veniunt. Nihil ad iudicium, quod redditur in invitum debitorem, & nullam petitionem admittit, nisi eius, quod ante debebatur, & uti debebatur. Et certe in qua novatione non exigimus consensum a reo; multo minus, ut aperte consentiat, ab eo exigere debemus.

Ad L. Delegatio. 1.

Imp. Alexand. A. Timotheo.

Delegatio debiti, nisi consentiente & stipulanti promittente debitore, iure perfici non potest. Nominis autem venditio & ignorante, vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. PP. V. Id. Febr. Max. II. & Ælian. Coss.

Digitized by Google

Ad L. Si delegatio. 3.

Idem A. Mutiano.

Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt; quamvis creditori tuo adversus eum solutionis caussa mandaveris actiones, tamen antequam hic contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, & eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quod si delegatione facta, iure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita a debito liberatus sis, PP. V. Id. Iun. Gordiano A. & Aviola Coss.

S U M M A R I A.

1. *Neminem posse quemquam invitum delegare creditori suo, ne debitorem quidem suum.*
2. *Neminem posse debitorem debitoris sui convenire personali actione, non prius translatis actionibus, & cur.*
3. *Creditorem actiones suas adversus debitorem etiam invitum utiliter in alium transferre posse, & quibus modis transferantur.*
4. *Mandatis translatisve actionibus semper directas retineri ab eo, qui mandavit & cur.*
5. *Mandare actiones, quid.*
6. *Mandatis cessisve actionibus semper utiles actiones suo nomine habere eum, cui cessae sunt.*
7. *Mandatas directas actiones exerceri ex persona mandantis: utiles ex persona eius, cui cessae sunt: & quid intersit, utrum fiat.*
8. *Cessae actionis effectus.*
9. *Concurrente eo qui cessit actiones, & eo cui cessae sunt, hunc praeferri.*
10. *Mandatum actionum revocari non posse, & quare.*
11. *Denuntiatione eius cui cessae sunt actiones, inhiberi debitorem quominus creditori qui cessit, possit solvere: & qualem hic denuntiationem esse oporteat.*
12. *Debitorem scientem mandatas esse adversus se actiones sine alia denuntiatione creditori mandanti solvendo non liberari.*
13. *Mandatis actionibus, quando directas utiliter exercere possit, qui mandavit.*
14. *Lite ab eo qui actiones mandarat, contestata, debitorem novationis quodam iure liberari utilibus actionibus, quas habuit is, cui mandatae erant.*

1 Circa † delegationem, de qua supra diximus, incidit ex re ipsa quaestio huiusmodi. Diximus neminem posse alium vice sua reum dare invitum; & quod idem est, neminem posse invitum quemquam delegare quod & traditur in *L. 1. hic*. Inde haec quaesita sunt: Quid si creditor creditori suo delegat debitorem suum; an non hunc saltem potest invitum delegare. Et placet ne hoc quidem eum posse, *L. nec creditoris, infr. eod.* Recte: non est enim delegatio, nisi delegato promittente; nemo autem promittit per stipulationem invitus. 2 Sed † an non etiam sine ulla delegatione, & aliena opera potest creditor debitoris sui debitorem convenire? Hoc vero multo minus potest. *L. penult. hic*. Et generaliter ita ius constitutum est, neminem creditorem posse actione personali debitorem debitoris sui convenire, non translatis prius actionibus a debitore in creditorem *L. ult. & tot. tit. supr. si fiscus, vel priv.* Hoc efficiunt regulae iuris: non enim est actio in personam, nisi adversus eum, qui nobis obligatus est. *L. actionis, D. de obl. & act.* Debitores autem debitoris mei non sunt mihi obligati: quoniam nihil mecum gesserunt eorum ex quibus obligatio nascitur.

3 Quid † ergo, an nullo modo sine delegatione creditor adversus debitorem debitoris sui invitum experiri potest? Imo potest, si ex iusta caussa debitor in creditorem actiones transtulerit: quod facere potest etiam invito debitore suo. Et haec est sententia *L. 1. hic*. Quomodo autem debitor actiones, quas habet adversus debitorem suum, in creditorem suum transferre potest? His modis omnibus, quibus caeterae res transferri solent: puta vendendo actiones, de quo modo in hac *L. 1. hic L. postquam, L. emptor, supr. de hered. vel act. vend.* Item legando, *L. ex legato, supr. de legat.* item in solutum dando, & similibus. *L. ult. supr. si fiscus vel priv.*

Hoc posito quaesitum deinde est, quis sit huius venditionis, & translationis effectus:

fectus: de quo est in *L. 3. hoc tit.* Qui locus ut commode explicetur, sciendum est hic duo quæri, Primum, an debitor venditis creditori suo actionibus, aut ex alia caussa translatis, desinat veteres actiones habere, quas exercere possit. Alterum, quid ex ea translatione actionis in creditorem transferatur. De quibus sic bre-
4 viter habendum est. Qui † actionem vendidit, legavit, aut in solutum dedit, etiamsi creditori suo mandet actiones suas, nihilominus iure omnes veteres actiones retinet: quia eas non transfert, neque adeo ius paritur transferri, ut traditur in *L. 3. hic. L. 3. in princ. D. pro soc.* Sed cur actio non potest transferri, cum possint res omnes cæteræ? Id natura actionis facit. Sic enim lege omnis actio in personam constituta est; ut non sit, nisi adversus eum, cum quo contraximus, aut quasi contraximus, aut qui nobis nocuit. *L. actionum, D. de oblig. & act. §. 1. Inst. de act.* Nemo autem actiones suas nobis cedendo, efficere potest, ut cum eius debitore contraxerimus, aut ab eo nobis nocitum sit, ubi revera neque contraximus, neque ab eo nocitum est. Necesse est igitur, ut apud veterem creditorem actio maneat, quæ non est translata. Nihil ne igitur venditis, aut ex alia caussa datis actionibus, in emptorem, & eum cui dantur, transfertur? Imo transfertur. Nam is, qui actiones vendidit, cogitur emptori, in quem actiones translatas voluit, actiones suas mandare: quo verbo utitur *L. 3.* & est in hac re usitatum.

5 Est † autem mandare alicui actiones, committere ei actiones suas exercendas; quod fit, eum procuratorem in rem suam faciendo, ut hoc verbum explicatur in *L. ex nominis, supra, de hered. vel act. vend.* Quid si creditor qui actiones vendidit, aut ex alia caussa datas voluit, actiones suas non mandet emptori? Nihilomi-
6 nus † emptor, & quisquis est, cui actiones ex alia caussa datæ sunt, utiles actiones habet suo nomine. *L. postquam, supra, de her. vel act. vend. L. ex legato, supr. de legat. L. ult. supr. si fisc. vel privat.* Si hoc ita est; quid opus est creditori, cui actiones creduntur, exspectare, ut sibi mandentur actiones a venditore actionum; cum ipse utilibus actionibus experiundo, quas habet non minus idem consecuturus sit quam directis? nam utramque actionem eiusdem potestatis esse, eundemque habere effectum, scriptum est in *L. actio, antep. D. de neg. gest.* Et sane si utraque idem petat, eandem vim habet ad id obtinendum. Sed non semper utraque idem persequitur.

Idque † ex ea re accidit, quod emptor 7
mandatas actiones exercet ex persona creditoris mandantis, dum procuratorio nomine experitur; utiles autem uti suo nomine habet, ita & exercet suo nomine, ut est in *d. L. ult. si fisc. vel privat.* Utrum autem fiat, multum refert. Nam qui mandatis actionibus experitur, quia experitur ex persona mandantis, etiam eius vice uti potest, & debet. *L. emptor, sup. de her. vel act. vend.* Et ideo privilegio etiam ex persona mandantis uti potest; ut, si fingas pupillum debitorem meum mandasse mihi creditori suo actiones adversus debitorem suum: in his actionibus exercendis utar privilegio pupilli, quo in bonis eius debitoris ego præferar omnibus aliis creditoribus chirographariis: scilicet quia ex persona eius experior, tanquam eius procurator. Diversum est, si non mandatis ab illo actionibus tantum experiar utilibus adversus eius debitorem. Hoc tamen ita, si cessio sit voluntaria. In necessaria cessione nihil amplius transferri placet, quam quod fuit proprium actionis, etiam si quis ipsis directis mandatis actionibus experiatur: qualis cessio est pupilli uni ex tutoribus mandantis actiones suas adversus alios contutores, In qua specie responsum est illud, quod modo dixi, tutorem in his actionibus adversus contutores privilegio pupilli non usurum *L. ex pluribus, D. de adm. tut.* & hoc optima ratione: quia nemo in necessitatibus liberalis esse soleat, *L. rem legatam, D. de adim. legat.*

Hæ † actiones in emptorem, eundem- 8
que creditorem creditoris translatæ, id efficiunt, ut is qui mandatas, aut utiles actiones habet, possit & ab invito exigere, quod is debet, adversus quem actiones cessæ sunt, *d. L. ult. supr. si fisc. vel priv. L. 3. supr. de her. act. vend.* & volens volentem a vetere creditore quovis modo liberare; puta solutum a debitore accipiendo, de quo in hac *L. 3.* aut cum eo transigendo, paciscendove, ne ab eo petatur. *L. si cum emptore, D. de pact.* At † quid, si creditor, qui actio- 9
nem mandavit, aut aliter cessit, inhibeat petitionem? Puta, si is eodem tempore petat a debitore suo, & simul is, cui mandatæ sunt actiones, atque ita ambo concurrant; uter alteri præferetur? nam ambos actionem adversus debitorem habere diximus. Placet eum veteri creditori præferri, qui suo nomine actiones habet. *L. procuratore in rem suam dato, D. de procurat.* Arqui constat mandatum revocari posse, quandocumque mandator velit. §.

recte,

10 *recte*, *Instit. mand.* Sed † mandatum rei nostræ revocare possumus, cum libet: rei alienæ non possumus. Actiones autem mandatæ subtilitate iuris sunt adhuc mandantis; revera autem sunt mandatarii, idest, eius, cui mandatæ sunt. Is enim factus est quidem procurator, sed in rem suam, ut supra diximus. Tum autem utiles actiones in eum translatæ sunt: quæ ideo vere illius sunt, quasque exercet suo nomine.

11 Adeo † autem verum est, eum cui mandatæ sunt actiones, aut qui actionibus venditis utiles habet, veteri creditori præferri: ut si tantum denuntiaverit ei debitori, adversus quem cessæ sunt actiones, ut sibi solveret: postea debitor soli ei teneatur, & si creditori suo solvat, frustra solvat, id quod hac *L.* 3. *in pr.* comprehensum est. Illic enim traditur veterem creditorem posse actionem inhibere, quam mandavit, si experiatur adversus debitorem suum, priusquam is, cui actiones mandatæ sunt, denuntiaverit debitori, ut sibi solveret. Postquam ergo denuntiatum ei erit, si veteri creditori solvat, non inhibentur cessæ actiones. Denuntiatum tamen accipere debemus, cum effectu: ut scilicet ita denuntietur debitori, ne veteri creditori solvat, ut certior fiat denuntianti mandatas esse actiones, & hanc illi caussam esse ad inhibendam solutionem. *L. nomen*, *supr. quæ res pig. obl.* Fiet autem certior exhibito instrumento cessionis, aut ultro confitente creditore, qui mandavit. Idque ita bene accepit Bartolus ad *L.* 1. *in pr. num.* 20. *D. de op. no. nunt.*

12 Ego † puto, etsi ei denuntiatum non sit ab eo, cui cessæ sunt actiones, sed aliter sciverit actiones ei esse mandatas, non magis eum veteri creditori solvendo liberari, denique ut liberetur ei solvendo postea, solum ignorantia defendi, ut indicatur in *L. ult. D. de transact.* Nam quomodo actione utili, qua teneri cœpit, facto suo liberetur? *L. si servum*, *§. nunc videamus*, *D. de verb. obl.* Ergo † dixerit ali- 13
quis: directæ actiones, quæ apud veterem creditorem manserunt, erunt illi inutiles, & ita frustra apud eum mansisse dixerimus. Et declaratur in *ead. L.* 3. non esse inutiles; sed tamen tunc solum utiles fore, cum vetus creditor adversus debitorem suum cessionis ignarum iudicio expertus, nec ulla exceptione a debitore summotus litem cum eo contestatus fuerit: quod eum pro veteris actionis iure facere posse constat: certe si veteres actiones apud eum manserunt, recte eas exercet.

Quid † tamen, si lite a vetere credi- 14
tore contestata, exsistat is, cui mandatæ sunt actiones & suo nomine adversus eundem debitorem experiri velit vel mandatis actionibus, vel utilibus? Hic satis significatur eum audiendum non esse: cum ita dicatur creditorem veterem adversus debitorem agendo inhibere actionem mandatam. At hoc quam recte, cum diximus eum, cui mandatæ sunt actiones, habere actiones utiles suo nomine, & earum actionum eam vim esse, ut in illis debeat veteri creditori præferri? Efficitur id novæ obligationis iure, non veteris. Nam vetus creditor iudicio agendo eum debitore suo novam obligationem contraxit iudicati. *L.* 3. *§. idem scribit*, *D. pec.* hanc nemo alius illi invito potest adimere. *L. ult. D. de pact.* Itaque eadem hic novatio animadverti potest prioris obligationis, quam in duobus reis stipulandi fieri initio diximus, cum unus iudicio agendo cum promissore, consequitur tanquam vetere actione sublata, ne possit iam solvi alteri, neve is possit amplius petere. *L. ex duobus*, 16. *D. de duo. reis.* Et certe mandatis actionibus incipiunt fieri duo rei credendi eiusdem pecuniæ: qui mandavit, dum is directas actiones adhuc retinet: & cui mandatæ sunt actiones, qui utiles habet suo nomine.

AD TITU-

AD TITULUM XLIII.

COD. DE SOLUTIONIBUS ET LIBERATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Solvere quid.*
2. Solutionis *verbum omnem liberationem continere, quo sensu dictum.*
3. *Satisfactio quid, & quid distet a solutione.*
4. *Creditores cur dicantur accipi, quibus etiam sine consensu quid debetur.*
5. *Solutionis verbo contineri solum pecuniæ numerationem, non cæteras liberationes, ubi solutionis & satisfactionis verba coniunguntur, ut in edicto de pignoratitia actione; & quare,* & num. 6. in fin.
6. *Sententia* L. solutam, D. de solut. *ubi &* satisfactionis, *pro* satisdationis *legendum esse probatur.*
7. *Inscriptionis de solutionibus & liberationibus sententia.*
8. *Solutio quid, & cur dicta naturalis præstatio.*
9. *Etiam facti præstationem solutionem esse.*
10. *De solutionibus duas esse quæstiones, in singulis quæ spectanda; tituli argumentum & summa.*

1 SOlvere † aliquid cum dicimus, proprie intelligimus id præstare, quod solvi dicimus. Et si apertius dicendum est, soluta res seu pecunia ex significatione verbi non alia intelligitur, nisi quæ naturaliter soluta est, idest, numerata revera & præstita creditori: ut etiam ex significatione verbi id rectissime dictum sit a Marciano in *L. solutam, D. de sol.* Id declarat regula iuris: *Solutione eius, quod debetur, tollitur omnis obligatio*: ubi *solutionis* verbum non potest accipi, nisi pro pecuniæ præstatione. Nam acceptilatione, novatione, contrario consensu, quibus modis etiam tolluntur obligationes, non omnis obligatio tollitur, sed certæ dumtaxat. Id etiam declaratur edicto de pignoratitia actione, in quo hæc verba sunt: *Si pecunia soluta erit, vel eo nomine satisfactum*: quibus verbis aperte satisfactio, id est, omnis alius modus debitoris liberandi ex voluntate & consensu creditoris, distinguitur a pecuniæ solutione, idest, præstatione, *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.*

2 Et † tamen definitur in *L. solutionis, D. hoc tit.* solutionis verbum omnem liberationem continere, magisque ad substantiam obligationis referri, quam ad pecuniæ præstationem. Sensus est, magis solutionis verbo contineri eos modos, quibus substantia obligationis, idest, obligatio ipsa tollitur, quam pecuniæ naturalem numerationem, vel cuiuscunque alterius rei præstationem. Recte hoc quoque scriptum est; verum non ex significatione verbi, de qua supra diximus, sed ex legis sententia: ubi lex pecuniæ solutionem exigit, neque quidquam addit amplius. Ut, exempli gratia edicto de re iudicata, ita exigebat prætor, ut condemnatus pecuniam solveret. *L. 4. ait præt. sup. de re iud.* His verbis si proprietatem verbi sequimur, nihil aliud exigitur omnino, nisi ut debitor pecuniam numeret, in quam condemnatus est. Sed ex edicti sententia contineri intelligemus omnem liberationem; idest, intelligemus debitorem huic edicto satisfecisse, non tantum, si ipse pecuniam numeraverit, sed etiam si acceptilatione liberatus erit, aut novatione, aut alio quo modo, quo obligatio tollitur; non ex significatione verbi, inquam; sed ex sententia edicti; quia cæteræ liberationes eandem vim habeant, quam solutio pecuniæ. Effectus igitur hic spectatur, non verbi proprietas; ut solutionis verbo contineri intelligantur, non tantum, quæ vere solutiones sunt, sed etiam quæ solutionis vim habent. Et hoc est, quod alia regula dicitur, satisfactionem pro solutione esse, *L. satisfactio, D. de solut.*

Satisfacere † est creditorem pro eo, 3 quod ei debetur, contentum reddere, ut sic ille discedat ab obligatione, vel acceptum ferendo, vel novando, vel paciscendo, ne petat. *L. 1. D. qui satisd. cog.* dicta *L. si rem, §. omnes, D. de pig. act.* Utrum creditori pecunia numerata sit, ut sic revera ei satisfieret; an vero voluntate eius discessum sit ab omni obligatione, dum ei quovis alio modo satisfiat: ad voluntatem eius & debitoris liberationem nihil interest. Ita recte dicitur, hanc satisfactionem pro solutione esse. Hoc autem pro solutione esse, valet, effectu satisfactionem solutionem esse; & quod supra diximus, omnem liberationem aliam solutionis verbo contineri.

Quod † in solutionis verbo, consimiliter 4 dictum est, uti in verbo *creditorum*, cum dicimus creditores accipiendos esse omnes quibus ex quacumque caussa debetur: id est, quibus non tantum ex contractu debetur, sed etiam ex quasi contractu, aut ex maleficio. *L. creditores, D. de verb. sig.*

fig. Atqui scimus creditores dictos esse a credendo: tunc autem solum dici unumquemque credere, eum contrahit cum alio: quoniam tum fidem ab illo accepit, & eam fidem sequitur: ut solum proprie creditores sint, quibus ex contractu debetur. *L. 1. D. si cert. pet.* Sed & hoc ita est, cum verbi significationem spectamus. Ex sententia autem legis etiam creditores dicuntur, quibus debetur ex alia caussa: quoniam & hi omnes creditorum loco habentur. Unde alibi dicuntur non creditores esse, sed creditorum loco haberi. *L. creditorum, D. de verb. sig.* Hoc autem ideo ex legis sententia ita dicitur: quia in quibus eadem ratio est, in his idem ius statui oportet. *L. illud, D. ad L. Aquil.* Porro tam iis debetur, quibus ex maleficio debetur aut ex aliis caussis, quam quibus debetur ex contractu. Hoc ipsum ergo fieri dicimus in verbo solutionis.

5 Sed † videtur Marcianus *L. solutam, D. de solut.* non tantum dicere solutam pecuniam intelligi, quæ numerata est; sed etiam negare, si debitor sit alio modo liberatus, pecuniam solutam videri, aut eam liberationem solutionis verbo contineri. Illic enim scriptum est in extremo, his verbis: *Si debitori accepto latum sit, solutionis quidem verbum non proficiet; sed satisfactionis sufficit.* Dicendum est recte id dici a Marciano, sed in eo loco quem interpretabatur. Observandum est enim Marcianum scripsisse ad formulam, idest, actionem hypotecariam, ut inscriptio capitis indicat. Illic interpretabatur eam partem edicti, qua cautum est, ut pignus, vel hypotheca solvatur, seu quod idem est, ut pignoratitia agi possit: pecuniam solutam esse debere, vel eo nomine satisfactum: ut constat hæc verba edicti fuisse ex *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act. L. item, D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.* His verbis, quibus distinguitur nominatim satisfactio a solutione, non est obscurum solutionis verbo cæteras omnes liberationes non contineri, sed solum pecuniæ naturalem numerationem: propterea quod cæteræ liberationes a prætore comprehensæ sunt verbo proprio satisfactionis.

6 Hoc † est igitur, quod Marcianus dicit: si debitori accepto latum sit, non liberatur is in hypotheca ex edicto, quasi solverit: quoniam revera ex verbis & sententia edicti non solvit, sed liberatur ex eodem edicto verbo satisfactionis: quia is satisfecit, cui accepto latum est. Illud animadvertendum est, corrupte legi in Pandectis Florentinis in *d. L. solutam* in extremo, *sed satisdationis sufficit*: satisfactionis legendum, ut & alias suo tempore legi Accursius monet. Nam verbum satisdationis non fuit in edicto de pignoribus aut de pignoratitia actione, sed verbum satisfaciendi. *d. L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* dicta *L. item, D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Deinde aperte falsum est acceptilationem contineri verbo satisdationis. Acceptilatio est liberatio. Satisdatio est obligatio, qua quis quid promittit fideiussoribus datis. *L. 1. D. qui satisd. cog.* Ut ad rem redeam, cum coniunguntur ista in lege aliqua, aut edicto, solutio & satisfactio: recte dicitur solutionis verbo non contineri eas liberationes, quæ satisfactionem habent: ubi apparet tam aperte satisfactionem a solutione separari. Quod si verbum solvendi solum in lege positum erit, tenendum est, quod supra diximus, ex sententia legis *solutionis* verbo omnem liberationem contineri; id est, quocunque modo præter naturalem numerationem liberatus erit debitor, legi satisfactum esse.

Illud semper tenendum erit, ex sententia legis hoc dici: cæterum proprie *solutionis* verbo significari tantum naturalem præstationem. Ex quo sensu regula illa concepta est, ut dixi: *solutione tollitur omnis obligatio.* Sic † hoc titulo verbum *solutionis* accipiendum est. Liquet enim ex proximis titulis solutionem hic positam esse pro specie liberationis, quæ sit distincta a novationibus, & acceptilationibus. Ita inscriptionis erit hæc sententia: *De solutionibus:* idest, de rei debitæ præstationibus, & liberationibus, quæ inde nascuntur: ut solutio sit caussa, liberatio effectus solutionis, ut patet ex tot tit. *Inst. quib. mo. tol. obl.* 7

Ex † hoc sensu sic solutio definietur: ut sit naturalis rei debitæ præstatio. Naturalis dicitur in *L. solutam, D. eod.* idest, *vera*; positum, ut distinguatur solutio ab acceptilatione, quæ & ipsa solutio dicitur, sed imaginaria, ubi quis dicit se accepisse, quod non accepit. *§. item per acceptilationem, Inst. quib. mo. tol. obl.* Præstationem dixi, non numerationem, etsi numeratio nominetur in *d. L. solutam, D. eod.* ut complecterer omnes species rerum debitarum. Nam in obligatione aut res sunt, aut facta, ut est in *§. ult. Inst. de obl.* idest, omnis obligatio aut in eo est, ut quid detur, aut in eo, ut quid fiat, *L. 2. in pr. D. de ver. obl.* Sed sive † fiat, quod fieri debet, sive detur, quod dari oportuit, quia præstatur id quod debetur: solvitur. Nam & qui facit, quod promisit, solvit. *L. qui res 98. §. mibi, in fin. D. de sol.* certe ea præstatione liberatur, *L. inter, D. eod.* 8 9

pro-

proinde solutione: si non aliter, quam solutione invito creditore tollitur omnis obligatio. Qui autem rem quam dare debuit, præstat, idem solvit; si præstat, ut debetur: idest, si dat, quod valet: si dominium transfert. §. *sic itaque*, *Instit. de act.* Unde toties legimus non liberari debitorem, qui ita rem præstat, ut non faciat omnimodo accipientis, quia nec solvat. *L. cum qui*, §. 1. & §. *qui homi-nem*, *D. eod.*

10 De † solutionibus duæ sunt quæstiones, quibus hic titulus continetur. Prior est, quæ sit iusta solutio, qua obligatio aliqua tollatur, cum dicimus solutione omnem obligationem tolli. Altera, cum iustam solutionem esse constabit, quæ obligatio ea solutione tollatur. Huic quæstioni tunc locus est, cum quis ex pluribus caussis diversas summas debet, & unum debitum solvit, ita, ut dubium relinquatur, in quam caussam solutum esse debeat. An sit iusta solutio, spectatur ex his rebus: ex personis, ex solvendi modo; ex solvendi fine. In personis quæritur, ut is solvat, qui potest: de quo dicetur in *L.* 5. *inf.* & ut ei solvatur, cui solvi potest: de quo in *L.* 3. & 4. & *L. invito*, *inf.* In re est, ut solvatur ea quam oportuit: de quo in *L. manifesti inf.* in solvendi modo, ut opportuno loco, & tempore solvatur: de quo in *L. obsignatione*. Finis solvendi est, quem definitione supra complexi sumus: ut creditor consequatur præstatione, quod debetur, idest, ut si quid fieri promissum est, fiat; si quid dari debet, detur: idest, eius rei dominium perfecte transferatur. Posterior quæstio explicatur in *L.* 1.

Ad L. In potestate. 1.

Imp. Antoninus A. Aristeneto.

In potestate eius est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam caussam reddat. Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum, qui accepit. Si neuter voluntatem suam expressit: prius in usuras id, quod solvitur: deinde in sortem accepto feretur. PP. II. Non. Novemb. Duobus & Aspris Coss.

S U M M A R I A.

1. *Debitore in solvendo constituente, in quam caussam solutum velit, in eam caussam, quod solvitur, solutum haberi; & hoc quam conveniat cum* L. 2. D. de sol.
2. *Liberum creditori in eam caussam non accipere, quomodo intelligendum in* L. 2. D. de sol. *& quatenus verum sit.*
3. *Debitore in certam caussam nominatim non solvente, posse creditorem constituere in re præsenti, in quam caussam acceptum ferat, etiam leviorem; & hoc rursum, quam conveniat cum* L. 2. D. de sol.
4. *Lectio* L. 1. D. de sol. *emendata.*
5. *Creditore constituente, in quam caussam solutam accipiat, posse debitorem in re gerenda obsistere, ne in eam caussam habeatur; id eum consequi non dando.*
6. *Quod ex pluribus caussis principalibus debitum simpliciter solutum est, non posse id postea creditorem constituere solutum, nisi in duriorem & graviorem debitoris caussam.*
7. *Caussa debitori gravior, quæ, & quo progressu deprehendatur.*
8. *Caussam non gravem debitori esse, ex qua debitum exigi non potest, aut nondum in hanc solutam, non imputari: & quæ sint huius generis.*
9. *In illis verbis.* L. 1. D. de sol. aut illud, in quod, aut *pro non accipiendum.*
10. *In quibus caussis dilatio periculum, aut molestiam allatura est, caussam famosam esse gravissimam; proximam pœnalem; tertio ordine eam, quæ sub pignore contracta est; quarto eam, ex quo quid debetur satisdato.*
11. *Extra periculum dilationis graviorem esse caussam propriam, quam fideiussoriam: & cur.*
12. *Si superiora desint, graviorem esse caussam, quæ est antiquior; & cur.*
13. L. in liberto. 77. D. de sol. *exposita.*
14. *Ampliore summa soluta, quam quæ in unam caussam graviorem debeatur, superfluam reliquis caussis suo cuique ordine tribuendum.*
15. *In pari dierum & contractuum caussa, ex omnibus caussis pro portione solutum videri.*
16. *Cum ex pluribus caussis principalibus debetur, cur simpliciter solutum imputetur in caussam debitori onerosiorem: cum autem debentur sors & usuræ: solutum imputetur prius in usuras, idest, in caussam debitori leviorem.*
17. *Creditorem quamvis caventem se, quod solvitur, accipere in sortem & usuras; non tamen cogi solutam acceptam ferre, nisi prius in usuras; deinde si quid superest, in sortem: & cur hoc præter ordinem verborum.*
18. *Solutum an possit prius imputari in usuras pacto tantum debitas, quando, & quatenus.*

1 CUM † debitor ex pluribus caussis debet diversas summas, & unum debitum solvit, definit Antoninus esse in potestate debitoris tempore solutionis expri-

mere, in quam caussam solvat: ut intelligamus in eam caussam solutum futurum, quam dixit: idem in *L. 1. in pr. D. eod.* Cui contraria videri potest *L. 2. D. eod.* ubi scriptum est liberum esse creditori, pecuniam, quæ ita solvitur, non accipere, si alio nomine solutum velit. Recte, ut videtur, hæc contraria dixeris, cum si liceat creditori repudiare hanc solutionem, non sit in potestate debitoris ita solvere. Et essent contraria omnino, si quod dicitur, id quod solutum est, in eam caussam solutum videri, quam initio debitor dixit, simpliciter diceretur. Sed ita intelligendum est, si creditor accipiat: tantum enim illi tribuitur hoc, ut possit non accipere in dicta *L. 2.* Ex quo intelligitur, si acceperit, in eam tantum caussam solutum haberi debere, quam debitor expressit. Quid, si creditor pecuniam accipiat, & protestetur se in aliam caussam accipere, quam in quam debitor solvit? nihil agit; si pecuniam retinet in *d. L. 2.* non tribuitur ei, ut possit protestari in aliam caussam, sed ut possit non accipere in eam caussam, in quam solvitur.

Rursum † hic dicet aliquis, isto modo falsum videri, quod dicitur in *d. L. 2.* liberum esse creditori pecuniam, quæ in certam caussam a debitore solvitur, non accipere. Nam ut intelligatur non esse creditori liberum hoc facere, potest debitor pecuniam obsignare, & ea obsignatione liberabitur, *L. obsignatione, infra*. Præterea cum creditor sine iusta caussa recusat accipere, moram facit: & si ea pecunia postea pereat debitori sine culpa eius, detrimentum erit creditoris. *L. qui decem, in prin. D. eod.* Sed quod dicitur in *d. L. 2.* liberum esse creditori pecuniam non accipere, si alio nomine exsolutum velit, ex quæstione proposita intelligendum est: nempe hactenus, ut ea pecunia intelligatur non esse soluta, quam creditor non accepit. Et revera soluta non est. Sed hoc non facit, quin creditor non iure eam pecuniam recuset. Quamobrem & pecunia illi obsignari potest, & quanvis non sit obsignata; tamen moram facit & periculo eius pecuniæ alligatur. Interim si neque ea pecunia perierit, neque obsignata erit: semper verum est, eam non esse solutam, quam ipse non accepit. Et semper hoc modo in eius potestate est non accipere. Subiicit Antoninus: *Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum, qui accepit*. Id est, si debitor initio non dixerit, in quam caussam solutum vellet: convertitur electio ad creditorem, qui accepit; ut sit in eius potestate, tum eum pecunia solvitur, constituere, in quam caussam acceptam ferat: & in eam caussam pro soluta habebitur.

3 Et diligenter verba huius loci expendenda sunt: dicitur enim electio hoc casu esse creditoris: quo verbo aperte significatur licere creditori constituere pro suo arbitratu, in quam caussam pecuniam acceptam velit, etiam leviorem, ac non tantum graviorem, idest, etiam in eam caussam, quæ sit illi commodior, etsi levior sit debitori. Nam si cogeretur constituere tantum in graviorem caussam, nulla hic eius electio esset. Nihil enim tam pugnat cum electione, quam necessitas alicuius caussæ suscipiendæ. Sed & contrarium scriptum videtur in *d. L. 1. vers. quoties, D. eod.* Verba hæc sunt: *quoties vero non dicimus, id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus*. Quæ verba significant, dummodo constituat in graviorem & duriorem caussam, ut & explicatur in *L. 3. D. eod.* Male vero vulgo hæc Ulpiani verba accepta sunt de eo creditore, qui in re præsenti, idest, tempore solutionis, diceret, in quam caussam acceptum ferret, quod solvitur. Loquitur Ulpianus de eo, qui post perfectam solutionem id constituit. Quod colligitur aperte & ex verbis superioribus, & ex verbis postremis eius *L. 1.* Sed omnium evidentissime ex *L. 3.* quæ est eiusdem auctoris Ulpiani. *eod. titul. D. de solution.* Ex verbis superioribus ideo, quod Ulpianus non dicit: *quoties vero debitor non dicit*; sed, *quoties vero non dicimus:* quod valet: quoties ambo, idest, debitor & ego creditor, non dicimus. Sed & in extremis verbis dictæ *L. 1.* Ulpianus nominatim & distincte de eo creditore loquitur, qui in re præsenti constituit, quid velit. Ex quo intelligitur Ulpianum de eo prius locutum non esse. Alioquin stulta & inepta esset inculcatio; præsertim eius rei, quam prius diligentissime exposuisset. Sed omnem dubitationem tollit *d. L. 3. eod.* Ibi enim subiicit Ulpianus: post perfectam solutionem non permitti creditori constituere, in quam caussam acceptum ferat, nisi in graviorem, & duriorem. Quo aperte declaratur ante ei licere, in quam velit caussam, etiam leviorem constituere, dum in re præsenti id faciat. Et † obiter hoc loco animadvertenda est lectio, *d. L. 1. in fin.* quæ manifeste vitiosa est. In Pand. Florentinis, & fere in omnibus aliis exemplaribus ita legitur: *permittitur ergo creditori constituere*, 4

stituere, in quod velit solutum; dummodo sic constituat, ut in re sua constitueret, hactenus recte; aliud vitiose, quod sequitur: subiicitur enim continenter: *sed constituere in re præsenti, hoc est, statim, atque solutum est*, neque quidquam additur præterea. Sed verbum deesse perspicuum est. Itaque veteres quidam addiderunt, *debet*; non recte. Nam creditor constituere potest, in quam caussam acceptum ferat; sed potest, si velit: non cogitur. Non est difficile intelligere, pro illis verbis, hoc legendum esse, *potest*, aspiratione in *p* mutata, & *e* in *t* quarum literarum tantam affinitatem esse constat, ut sæpius quam frequenter aliæ in alias mutentur. Verbo autem, *potest*, restituto optime constat sententia. Summa hæc erit: *ubi debitor in re præsenti non dixit, in quam caussam solveret; est in arbitrio creditoris in re præsenti constituere, in quam caussam acceptam ferat, etiam leviorem*.

5 Quod † tamen rursum sic accipiendum est ex *L. 2. D. eod.* si debitor aut non contradicat, aut contradicens pecuniam apud creditorem manere patiatur. Cæterum si alio nomine pecuniam ei solutam velit, est in eius potestate id consequi; sed pecuniam non dando, non præstando.

Ait deinde Antoninus: *Si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id, quod solvitur: deinde in sortem accepto feretur.* His verbis multa desunt ad quæstionem propositam. Quid enim, si de pluribus diversis contractibus agatur? denique si de pluribus summis principalibus; de quibus propositio huius rescripti concepta est? Deinde etiam hæc sententia de usuris omissimis locis de hac imputatione scriptis adversari videtur. Nam in *L. 3. & L. 5. D. eod.* constanter definitur, creditorem post perfectam solutionem non posse id quod solvitur, acceptum ferre, nisi in graviorem caussam: quod contra fit, si pecuniam solutam acceptam ferat prius in usuras, deinde in sortem. Nam aperte gravius est debitori debitum sortis, quam usurarum, de quo postea. Quare ut hic locus pateat, de re tota semel dicendum videtur: quæ ita partes inter se coniunctas habet, ut una sine altera intelligi non possit. Ergo cum neuter ex reis voluntatem expressit (intellige tempore solutionis, quæ verba initio posita, ad reliquas partes distinctionis propositæ referenda sunt) cum ergo neuter ex reis voluntatem expressit tempore solutionis, & quæritur, in quam caussam id, quod ex multis debitis solutum est, acceptum ferre possit creditor: multum refert, utrum de pluribus summis principalibus agatur, an vero de sorte & usuris. Si † de pluribus 6 summis principalibus, sive de pluribus sortibus: hæc definitio certi iuris tenenda est, non posse creditorem postea constituere, in quam summam acceptum ferat, quod solutum est, nisi in duriorem & graviorem. *d. L. 3. & L. 5. D. eod.* Graviorem intelligere debemus, quæ debitori gravior est, idest, quæ magis eum onerat, ac proinde quo verisimile est eum ante omnia se exoneraturum fuisse, ut aperte colligitur ex *L. illic quoque debito, D. eodem*.

Hinc † quæsitum, quænam esset caussa 7 debitori gravior. In quo hic rectus est & naturalis progressus, ut ante omnia constituamus caussam aliquam, quæ sit gravis; sic deinde gravi inventa quæramus, inter plures graves quæ sit gravior; & ut quæque erit gravissima, ita primo loco amoveatur debitori: quem & progressum reperiemus veteres reipsa servasse magis, quam verbis expressisse. Illud ergo primum in hac re, ut constituamus in his caussis pluribus quænam sit gravis caussa, quæ non gravis. Et † recte definiemus 8 eam debitori caussam & obligationem gravem esse, ex qua cogi potest ad solvendum, quod debet: illam autem non gravem, ex qua quod debetur, exigi non potest. Propemodum enim pro non debito est, quod dare nisi velis, cogi non possis. *L. sub hac, D. de obl. & act.* Hinc nata illa definitio Iuliani, quæ ex hoc progressu primum locum obtinet: cum ex pluribus caussis debitor pecuniam solvit, ex ea caussa eum solvisse videri debere, ex qua tunc cum solvebat, compelli poterat ad solvendum. *L. cum ex pluribus, D. eod.* nempe quia hæc sola gravis debitori, quam nunc quærimus; cæteræ autem non graves. Caussæ, ex quibus debitor cogi ad solvendum non potest, sunt tres: obligatio naturalis, obligatio civilis, sed in diem aut sub conditione obligatio civilis puta, sed quæ sit in controversia. Ex obligatione naturali in totum nulla petitio est, eoque nulla necessitas præstandi. *L. naturales, D. de obl. & act.* Quod in diem, aut sub conditione debetur, interim peti non potest. *L. cedere, D. de verb. sig.* Sed & quod controversum est, non prius constat ex eo petitionem esse quam reus eo nomine iudicio victus & condemnatus fuerit. Hinc totidem caussæ superiore definitione exclusæ, ne in has solutum acceptum feratur: quod & de singulis alibi nominatim traditum legimus a veteribus. Et si quid naturaliter debetur, ut usuræ, pacto,

pacto, exstat etiam de his constitutio Antonini, ne quod solutum est, in eam caussam acceptum feratur: ut quamvis usuræ ex pacti conventione nominatim solutæ retineri a creditore possint; tamen proprio titulo non numeratæ, pro solutis ex arbitrio percipientis non habeantur: idest, quod simpliciter solutum est, non possit retineri a creditore in eas usuras, tanquam in eas pro æstimatione percipientis solutum esset: exstat in *L.* 5. §. *Imper. in fin. D. eod.* Similiter & si quid in diem, aut sub conditione debetur, diserte scribit Ulpianus in *L.* 3. *eod.* id videri solutum, cuius dies venit. At enim ex eodem Ulpiano prius scriptum legimus in *L.* 1. *D. eod.* in hæc verba: *creditorem in id constituere posse solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus*; id est, in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, in quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat: quod sane aperte contrarium est, si prius illud, *aut*, pro, *vel*, accipimus. Erit enim hæc sententia, creditorem id, quod solvitur, constituere posse solutum in id debitum, quod non est in controversia, vel in illud, in quod pro alio fideiusserat, vel in id cuius dies nondum venerat; quorum posterius Ulpianus idem diserte negat in dicta *L.* 3. prius autem diserte Pomponius in *L.* 4. *eod.*

9 Et † vero ex ea definitione, quam supra posuimus, prior illa sententia aperte falsa est: ut dubitandum non sit, quin aut superior locus *L.* 1. mendosus sit, & pro priore particula, *aut*, legendum sit *haud*, quod valet, *non*; aut eadem particula retenta interpretandum *aut* pro *non*. Prius alicubi se legisse significat Accursius in glossa ad eam particulam, cum in extremo ita scribit: *vel dic, haud pro non*. Idem & se legisse in uno vetere exemplari testatur Russardus. Sed & posteriore & vulgari scriptura retenta, tamen nihil prohibet, quominus hoc idem, *aut*, pro *haud*, idest, *non* positum accipiamus. Non enim novum est in Pandectis Florentinis omitti aspirationem, ubi ex usu communi addi solet: ut in *L. illud, circa fin. D. de per. & com. rei ven.* legitur *occasu*, pro *hoc casu*: & in *L.* 5. §. *ult. D. de ref. vend.* legitur *omo pereat*, pro *homo pereat*: item in *L.* 4. *in fi. princip. D. de in diem, add.* anc speciem, pro *hanc speciem*. Et quod ad literam, *t*, postremam attinet, ne ea nos moretur: nam plerique non infimæ notæ Grammatici auctores sunt *haud* pro *non* scribendum per *t*, non per *d*, ut sit *haut*, non *haud*.

Quod cum ita sit, postquam accedis certi iuris ratio ex aliis locis cognita, quæ sententiam negativam exigat: non hærebimus in hac re, quin alterutro modo ex his locum aut emendemus, aut interpretemur. In eadem caussa cum superioribus est ea, quæ est in controversia, ut ante ostendi. In quam idcirco ex superiore interpretatione *L.* 1. placet creditorem solutum acceptum ferre non posse.

Hoc intellecto, quæ sit gravis debitori caussa, in quam primo loco solutum constitui oporteat: proximum est, ut si quæ plures huius generis occurrent, ex quibus debitor diversas summas debeat: quæratur, quæ sit ex duabus gravior; ex multis, quæ gravissima, quo hæc pro commodo creditoris primo loco subducatur. In quo animadverto tres a veteribus observatos esse summos & principales gradus, & in his servatum hunc ordinem, ut a gravissimis caussis progressus fieret ad minus graves.

Primus † ergo gradus est in eo, si qua sit caussa eiusmodi, in qua dilatio damnum aliquod, aut periculum adferat vel famæ, vel pecuniæ, vel molestiæ a pluribus creditoribus subeundæ. Periculum famæ versatur in iis actionibus, ex quibus damnatus ex edicto fit infamis, ut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, pro socio, tutelæ, mandati, depositi, *L.* 1. *D. de his, qui not. inf.* Periculum pecuniæ est in iis, quæ si quid non præstetur, aut pœnam, vel pecuniæ usuram continent, aut inficiatione crescunt, aut hypothecam adiunctam habent: ubi scilicet pecunia non soluta debitor pignoris distractionem patitur, in qua sæpe magnum debitoris damnum est. Atque hoc ex genere maxime est actio iudicati, ex qua bona debitoris capiuntur pignori, & distrahuntur, unde iudicatis satisfiat. Accedunt etiam usuræ centesimæ, quibus ex caussa iudicati sublicitur condemnatus Iustiniani constitutione. *L. ult. C. de usur. rei iud.* 10

Periculum molestiæ a pluribus creditoribus imminet, cum debitor aliquid debet satisdato, idest, fideiussoribus datis. *L.* 1. *D. qui sat. cog.* Hic enim habet duorum generum creditores: creditorem principalem, & fideiussores, qui non desinent debitori molesti esse, donec solvat. Placet igitur, ut quæque harum caussarum primo occurrerit, ita in eam caussam accepto ferendum, quod solutum est. Et quoniam in his periculis alia aliis sunt graviora, ideo etiam in hoc genere hic ordo servatus est a veteribus, ut primo loco

Digitized by Google

loco potior habeatur ea caussa, quæ famosa est, ut in qua de æstimatione agatur, re omnium gravissima, *L. cum ex pluribus*. 97. *L. si quis*. 7. *D. eod.* Secundo loco ea, quæ pœnam continet: qualis est, quæ habet stipulationem pœnæ, aut usurarum adiunctam; qualis, quæ crescit per inficiationem; qualis obligatio & actio iudicati. *d. L. cum ex pluribus*, 97. *L.* 4. *L.* 7. *D. eod.* Tertio ea caussa, quæ sub hypotheca, vel pignore contracta est, propter periculum distractionis pignorum, *d. L. cum ex pluribus*, 97. Postremo ea ex qua quid debetur satisdato *d. L.* 4. *eod.*

11 Si † in caussis, ex quibus debitor ad solvendum compelli potest, nullum tale periculum metuitur ex dilatione, quale ante diximus: proximus gravitatis gradus est in eo, si qua sit caussa propria debitoris, non aliena: seu si quid is suo, non pro alio fideiussorio nomine debeat. Ideo & post superiorem ordinem placet potiorem haberi caussam propriam, quam fideiussoriam, dicta *L. cum ex pluribus* 97. *L.* 4. *eod.* Quæ sententia apud veteres iustam dubitationem habere potuit: cum iure vetere tam tenetur quivis ex caussa fideiussoria, quam ex sua: nam eo iure potestas fuit creditori relicto reo eligendi fideiussores. *L.* 5. *sup. de fid.* Unde & Papinianus in *d. L. cum ex pluribus*. 97. huius sententiæ rationem reddere studuit præter cæteras; & ait id veteres ideo definiisse, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse. Ratio sumpta ex more & ingenio hominum: qui quia se sibi proximos ducunt, ideo non tantum ad utilitatem, sed etiam officium suum pertinere putant, sua potius curare, quam aliena: ex quo & illud tritum sermone proverbium apud Terentium in Andria: *Proximus sum egomet mihi*. Sed hodie res expedita est, neque omnino superiore ratione indiget. Nam hodie beneficio Iustiniani fideiussor propemodum in diem debet, vel potius sub conditione, si debitor principalis abiit, aut præsens non sit solvendo, *auth. præsente, sup. de fid.*

12 Si † nihil eorum interveniet, sed omnia nomina erunt & in commodo, & proprietate similia: etiam hic tertius gravitatis gradus admissus est a veteribus, ut ex omnibus habeatur caussa gravior, quæ antiquior. Ideo placet, cum cætera concurrent, quod indistincte solvitur, in antiquiorem & vetustiorem caussam solutum videri, *d. L. cum ex plurib.* 97. *L.* 5. *in pr. L. ubi.* 24. *L. creditor.* 92. *§. Valerius*, *D. eod.* Quod tamen prima fronte videtur a veteribus contra statui debuisse. Nam quo quæque caussa recentior est, eo est & debitori gravior: ut quæ longius distans a præscriptione longi temporis tollatur difficilius, eoque & magis debitorem oneret. Illa contra levior debitori, quæ est antiquior propter hanc ipsam præscriptionem temporis, a qua quo minus distat obligatio, eo propior est liberationi, eoque & minus debitorem onerat. Et ita res habet, si utilitatem spectamus debitoris, levior illa caussa est, quæ est antiquior: in qua non solvenda citius pervenitur ad longi temporis præscriptionem. Sed hanc exspectare, atque ideo non solvere non est honestum. Turpe est diu debere aliquid, & in eo frustratorem videri. Turpius exceptionem temporis quærere, ut creditorem fraudes. Inde quæsitum interdum, quis sit antiquior contractus.

Ut † in liberto de contractu operarum 13 dubitatum indicat definitio ad id explicandum comparata in *L. in liberto*. 77. *D. eod.* Finge libertum debere patrono operas: eundem post manumissionem pleraque contraxisse cum patrono, aut ex aliis caussis ei debere cœpisse ita, ut extra caussam temporis nulla ex his caussis alia esset gravior: deinde summam aliquam patrono solvere sine designatione eius summæ, in quam solutum vellet. Quia hoc casu dicimus id, quod solvitur, in antiquiorem caussam cedere: quæsitum est, an operarum contractus cæteris esset antiquior, an cæteri hoc contractu. Quid enim, si proponas libertum ante cæteros contractus nihil operarum nomine debuisse patrono, sed tantum postea debere cœpisse, quia cum postea operæ indictæ essent, eas non præstitisset? Et res definita est in dicta *L. in liberto*, *eod.* his verbis; *in liberto antiquior contractus operarum esse non potest, sine quo libertas ei data non esset*. Si hæc ratio addita non esset, intelligeremus ex verbis prius hoc dici, in liberto contractum operarum non posse esse antiquiorem cæteris, quos libertus cum patrono constitutos habet; & ideo cæteros esse antiquiores. Nunc hæc ratio ostendit contrariam sententiam accipi debere: esse autem hanc: contractum nullum antiquiorem esse non posse operarum contractu, ut hic verbum *contractu* repetamus ex proximo, significeturque cum nullus alius contractus liberti possit esse antiquior, restare, ut sit antiquior cæteris contractus operarum. Id autem dici sic ratio subiecta efficit: quod cum dicitur, sine contractu operarum futurum fuis-

fuisse, ut nec libertas data esset: significatur hunc contractum iam a principio libertatis datæ cum patrono esse interpositum, quod & verum est: non enim debentur operæ patrono, nisi tempore manumissionis impositæ. *L. 1. sup. de oper. lib. L. ult. D. de statul.* Quod si ita est, perspicuum est hoc colligi, quicumque contractus post hanc manumissionem secuti sunt, esse posteriores operarum contractu: eoque & hunc contractum cæteris esse antiquiorem. Hoc & Accursius recte intelligens eodem modo locum accepit: nisi quod ante verbum *operarum* putat subaudiendum, *quam*, quasi ita scriptum esset; *in liberto antiquior contractus, quam operarum esse non potest*. Hoc quidem ad contextum orationis parum tolerabile, cum nusquam prius sit hoc, *quam*, unde in reliqua oratione id repetatur, sed tamen ad sententiam idem efficit.

14 Sunt † ergo hæ caussæ ordine, in quas quod solutum est, ante alias acceptum ferri debeat. Quod tunc nullam dubitationem habet, cum nihil amplius solutum est, quam quod in unam aliquam queat imputari. Quid fiet, si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit? quod amplius est, reliquis caussis suo cuique ordine tribuetur: quod his verbis expressit Papinianus in *d. L. cum ex plurib.* 97. *D. eod.* nihilominus *primo contractu*, inquit, *soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum*.

15 Quod † si par dierum, & contractuum caussa sit: dierum, ut nulla caussa alia aliis sit antiquior; contractuum, ut alii aliis non sint debitori oneroliores; hic Pomponii recepta definitio est, *ex omnibus summis pro portione videri solutum. L. illud*, 8. *D. eod.* Recte, *ex omnibus*, non ex una aliqua præter cæteras, cum omnes caussæ pares sint. Recte, *pro portione*, non æqualiter: ut in paribus caussis tantum uni tribuatur, quantum alii pro portione, quod proportio arithmetica exigit.

16 Hæc † dicta sunt de pluribus summis principalibus ex quibus itidem diversæ summæ debentur. In quibus de solutione unius summæ hoc placere in summa animadvertimus: quod sine demonstratione debitoris creditorisve initio solutum est, in graviorem debitori caussam solutum videri; proinde in eam, quam tolli debitori expediat. Diversa caussa est, ut proposui, cum agitur de sorte & usuris, ex quibus sortis obligatio principalis est; usurarum accessoria. Hic si quid solutum sit, quod ad utramque caussam non sufficiat, neutro voluntatem suam exprimente: servatur id, quod scriptum est in hac *L. 1.* ut prius in usuras id quod solvitur: deinde in sortem accepto feratur. Ergo in eam caussam, in quam accepto ferri creditori expedit, non debitori. Est enim, ut initio dixi, creditori utilius ante acceptum ferri in usuras, quam in sortem: contra debitori prius acceptum ferri in sortem, quam in usuras. Nam sublata obligatione usurarum præteritarum, nihilominus manet sortis obligatio integra creditori, & simul obligatio futurarum usurarum: cum si sors prius solvatur, una cum sorte etiam tollatur obligatio usurarum accessoria *L. eos, in prin. sup. de usur.* quod creditori incommodum est; utile debitori. Cur ergo non hic quoque sequimur id, quod debitori utilius commodiusque est, uti & in pluribus caussis principalibus? Quia in principalibus id fieri licet sine creditoris damno & iniuria: in sorte & usuris non licet. Nam cum in principalibus caussis, quod solvitur, acceptum fertur in caussam debitori graviorem pro commodo eius, quamcunque eam caussam esse placet, semper ea una obligatio creditori tollitur; cæteræ ut æque principales integræ ei manent. Est æquissimum, quod debitori prodest, & creditori non nocet, id debitori tribui, quod nec extraneo cuivis in rebus aliis denegaretur. *L. 2. §. quamquam, D. de aq. plu. arc.* Et hactenus verum est, quod Ulpianus ait in hac specie in *L. 1.* D. eod. *æquissimum visum esse creditorem ita rem agere debitoris, ut suam ageret:* nempe in his caussis principalibus, in quibus id constituir solutum, quod debitori expedit: quia nihil propterea ea in cæteris caussis decedit. Id contra fit in sorte & usuris, si creditor solutum cogatur prius acceptum ferre in sortem. Sic enim eveniet, quod iam dixi, ut una cum sorte soluta tollatur etiam obligatio usurarum, quæ tanquam accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc vero non sine damno & iniuria creditoris; ideo recte placuit non esse admittendum.

Quod dicitur, in proposito id quod solvitur, prius in usuras accepto ferri, sic accipiendum est: si creditor ita constituat. Potest enim in usuras acceptum ferre, si velit; potest & si velit, in sortem. Sed hoc posterius facere non cogitur. Totum enim hoc pro commodo eius constitutum
est. Quid † tamen, si creditor dum pe- 17
cuniam accipit, ita caverit debitori, ut dice-

diceret se in sortem & usuras accipere? An prius in sortem acceptum ferre debebit, deinde quod superest in usuras, ut est ordo verborum superioris cautionis; an quia coniunctim dictum est, in sortem & usuras, debet quod solutum est, simul sorti & usuris decedere pro rata? Nam superior ratio utramque interpretationem recipit. Et placuit neutrum admittendum, sed ius superius in hac quoque cautione servandum, ut solutum prius acceptum feratur in usuras; tum deinde si quid superfuit, in sortem cedat, hoc in *L.* 5. *§. ult. D. eod.* At enim in re dubia a verbis cautionis discedendum non est. *L. non aliter, D. de legat.* 3. *L.* 1. *§. licet*, vers. *in re igitur dubia, D. de exerc. act.* Quid autem aliud significatur superioribus verbis, quam alterutrum eorum, quae dixi? Immo illis verbis intelligi potest & istud tertium, ut quod solutum est, imputetur prius in usuras, tum si quid superest, in sortem. Nam & cum summa accipitur isto ordine, semper verum est accipi in sortem & usuras; etsi verborum ordine ista convertuntur. Esto, contineatur superioribus verbis & hoc tertium. At certe semper constabit contineri etiam superiora. Cur ergo hoc tertium potius sumitur? Et huius obiectionis occupandae caussa ratio redditur in *L.* 5. *§. ult.* & *L.* 6. *seq.* D. eod. *Nec enim*, inquit Paulus, *ordo scripturae spectatur; sed potius ex iure sumitur id, quod agi videtur*. Recte Paulus: significat enim, ut sunt superiores sententiae, quas cautio proposita recipit, cautionem esse ambiguam. in ambigua oratione ex perpetuis praeceptis iuris sequendum esse id, quod actum est. *L. ubi, D. de reb. dub. L. semper in stipulationibus, D. de reg. iur.* Id quod si in hac cautione quaeritur, recte id sumi ex constituto iure. Verisimile est enim contrahentes id, quod agunt, attemperare velle ad id, quod in more est, & iure publico, & id sequi: nisi quid appareat aliter eos sibi cavisse.

18 Usuras † hic quas accipere debeamus, videndum est. Nam quaedam per stipulationem civiliter deberi possunt: quaedam pacto tantum naturaliter. De iis quae debentur civiliter, quas easdem debitor cogitur exsolvere, nulla dubitatio, quin aut ad nullas, aut ad eas superior constitutio maxime pertineat. Sed an pertineat etiam ad indebitas, quae pacto naturaliter tantum debentur, ut possit creditor, quod solutum est, etiam in eas solutum pro arbitrio constituere: id vero est, quod in hac parte dubitationem recipit. Nam & hae usurae sunt, eaedemque creditori debitae. Rursum iure civili ita indebitae, ut ab invito exigi non possint. Et quod alia constitutione effectum est, placuit ad eas usuras constitutionem superiorem non pertinere, nec licere creditori in eas quidquam retinere, quod non aperte in eas datum solutumve sit. *d. L.* 5. *§. pen.* ille *quod generaliter, eod.* Plane si in eas quoque pignus datum erit, quemadmodum per retentionem pignoris usurae servari possunt: *L. per retentionem, L. pignorib. supr. de usur.* ita pignore distracto multo magis licere debet creditori pretium acceptum referre in eandem quantitatem, etsi natura tantum debeatur. *L. Paulus*, 101. *D. eod.*

Nam quod manentibus adhuc pignoribus tribuitur creditori ad pecuniam debitam servandam: multo magis pignoribus pro commodo eius distractis illi tribui debet in ea pecunia, quae inde redacta est. Quod tamen sic servari placuit, si usurae debeantur solum naturaliter, ut pacto. Quod si quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debeantur: constitutum hic est, cum creditor pignore distracto pecuniam redigit, non posse eum, quod solvitur, in usuras, idest, quod sic accipit, ut imputet in usuras: non posse, inquam, eum id retinere pro arbitrio in eas usuras, quae naturaliter debeantur, sed ad utramque caussam usurarum, tam civiliter quam naturaliter debitarum pertinere; & quidem aequaliter, etsi summa utrarumque non sit eadem: *d. L.* 5. *§. penult. D. eod.* ut si proponas usuras civiliter debitas esse ad quinquaginta, natura tantum debitas esse ad viginti, & viginti a debitore soluta, detrahentur de singulis usuris decem ex aequo, non autem pro rata cuiusque usurae portione, *d. L.* 5. *§. penult.*

Ad L.

Ad L. Liberari. 2.

Imp. Alexander. A. Bassæ.

Liberari fideiussores, quoties fiscus tam debitori, quam creditori (licet diversis stationibus) succedit, ius certum est. Quod & in tua persona procuratores mei custodient. PP. Kal. Iul. Lupo & Maximo Coss.

S U M M A R I A.

1. *Confusione liberari fideiussores, etiam cum fiscus debitori simul & creditori succedit, licet non una, sed diversis rationibus.*
2. *Una ratione aut diversis fiscum succedere debitori & creditori, quid sit.*
3. *Utro modo in his fiscus succedat, fideiussores liberari: & cur.*
4. Diversis rationibus *hic legendum, ut vulgo, non* diversis stationibus: *& cur hoc posterius convenire non possit.*
5. *De confusione cur sub titulo de solutionibus.*

1 QUoties † creditor debitori suo succedit, vel contra, toties confusione tollitur obligatio. *L. debitori, supr. de pact.* Obligatione sublata hoc evenit, ut & fideiussores liberentur. *L. in omnib. speciebus, D. eod.* Hoc ius in privatis certum est. Idem in persona fisci, qui debitori simul & creditori successerit, servandum esse hoc rescripto declaratur. Sed additur, quod nonnullam difficultatem habet; nempe evenire hic quoque, ut fisci fideiussores liberentur, licet debitori & creditori successerit fiscus, non una ratione, sed diversa. His verbis quid significetur, ambigitur.

2 Et † dicitur fiscus succedere ambobus una ratione, cum succedit ex una caussa ambobus. Diversis autem rationibus tunc, cum ambobus succedit ex diversis caussis, ut hic *ratio* significet *caussam*. Utrumque autem contingit hoc modo. Fiscus ambobus succedit una ratione, cum creditor privatus prius heres institutus a debitore suo, ei heres exstitit; vel tanquam proximus agnatus intestato successit: ac deinde creditore damnato ex publico crimine, bona eius ea damnatione ad fiscum pervenerunt. Hoc modo primum fiscus creditori damnato succedere intelligitur. His enim fiscus successor est, quorum ille bona occupat. *L. cum tabulis, in fin. D. de his quib. ut ind. L. 2. infr. ad L. Iul. de vi.* Post deinde idem fiscus per hunc creditorem heres fit etiam debitori, cui creditor prius heres exstiterat. *L. 3. D. de pet. her. L. ult. sup. de her. inst.* Sic autem dicitur fiscus succedere utrique una tantum ratione, quia succedit ex una tantum caussa, nempe ex uno delicto creditoris. Contra fiscus utrique succedit diversis rationibus, cum primum damnato debitore fiscus eius bona ex ea damnatione occupat, deinde etiam damnatur creditor ex alio crimine: sic enim fit, ut ambobus succedat separatim, & ex diversis caussis, idest, diversis criminibus, & diversis damnationibus.

Ergo † cum fiscus priore modo succedit utrique & creditori & debitori ex solius creditoris damnatione, pro confesso hic sumitur fideiussores liberatos fisco non teneri. Et recte: nam vivo adhuc creditore suo liberati erant, cum is debitori successisset. Semel liberati non revocantur amplius in obligationem: in perpetuum enim exstincta obligatio non resuscitatur, *L. qui res, D. eod.* Huc accedit, quod fiscus creditoris successor est. Quoties autem fiscus privato succedit, toties iure privati utitur pro anterioribus suæ successionis debitis & creditis. *L. fiscus. 6. D. de iur. fisci.* At cum fiscus succedit utrique diversis rationibus, puta debitori damnato primum, post deinde & creditori ex alio crimine: iusta dubitatio est, num fideiussores liberentur. Et vero non liberari quis dixerit. Cum enim primum fiscus succedit debitori, manet adhuc obligatio principalis, qua tenetur fiscus creditori, cui ob id & fideiussores adhuc obligantur. *L. supr. de fideiuss.* Ita cum postea idem fiscus creditori huic succedit, nempe ei succedit, cui fideiussores adhuc tenebantur: ut consentaneum videri possit, fiscum, qui in eius locum succedit, eodem iure uti posse adversus fideiussores. Huc accedit privilegium, & favor fisci, de quo tot. *Tit. sup. de privileg. fisc. & d. L. 6. D. de iur. fisc.* Et ad minuendam hanc dubitationem hoc rescriptum relatum est: quo declaratur etiam hoc casu, cum fiscus succedit creditori, cui fideiusso- 3

res

res tenebantur, nihilominus fideiussores liberari, si prius idem fiscus debitori successisset, quanvis separatim & diversa ratione. Hoc ideo, quia hic quoque confunditur obligatio non minus, quam priore casu. Nihil ad rem pertinet privilegium, & favor fisci. Utrumque enim in fisco servatur, quoad potest. Nunc autem natura non patitur, ut idem creditor sit & debitor. Eademque natura efficit, ut principali obligatione sublata, non sit accessionibus locus *L. cum principalis*, *D. de regul. iuris*. *L. in omnibus specieb. D. de sol.* Fideiussores porro accessio sunt principalis obligationis. *§. fideiussores*, *Inst. de fideiuss.*

4 Accursius † legit, *diversis stationibus* quam lectionem etiam quidam retinendam putant, interpretanturque *stationes*, officinas, seu tabernas & mensas varias fisci: ut sit sensus, aliquem accepisse pecuniam ex una taberna a fisco, eumdem in alia taberna pecuniam fisco credidisse, & ita eumdem esse debitorem & creditorem fisci ex diversis stationibus, idest, officinis & tabernis. Quod nullo modo huic loco convenire potest. Primum sententiæ orationis adversatur. Hæc enim oratio, *licet diversis sive stationibus, sive rationibus*, quocunque modo ex his legimus, adversativa est: posita augendæ dubitationis caussa, quam tamen removet. At si legimus, *diversis stationibus*, ut efficiatur ea sententia, quam dixi: nullam habet ea ratio probabilem caussam dubitationis, cur fideiussores tunc non liberentur, cum fiscus idem creditori & debitori suo succedit, fitque idem debitor & creditor. Immo vero tantum abest, ut faciat ad augendam dubitationem, ut magis dubitationem tollat. Nam hoc modo bis confunditur obligatio in persona fisci. Tum autem verbis convenire non potest ullo modo. Ex hac enim interpretatione fingitur fiscus esse debitor primus, & creditor. Nunc autem hic agitur de fisco, qui tam debitori, quam creditori successit. Deinde ex hac interpretatione verba hæc, *licet diversis stationibus*, necesse erit referri ad verba, *debitoris & creditoris*, ut intelligamus eum, qui sit debitor & creditor ex diversis stationibus, quod contextus non patitur: in quo illa adiectio non potest referri, nisi ad verbum, *succedit*, quod solum est in universa facti propositione. Est enim adiectio motum eiusque progressum a caussis obligationis indicans. Motus autem tantum cadit in nomen, quod neque actionem, neque passionem significat. Unde necesse erit hunc sensum esse: ut dicatur fiscus succedere debitori, & creditori ex diversis officinis, quod apparet non tantum falso, sed etiam ineptissime dici. Ut enim debitor ex una officina debere cœperit, creditor ex alia officina crediderit fisco; non potest tamen fiscus his succedens dici succedere ex his officinis: succedit enim ex crimine & damnatione, non ex loco, aut caussis contractuum præcedentium. Non † omnino autem abs re 5
est, quod hic locus de confusione in hunc titulum relatus est. Nam confusio interdum pro solutione est, *L. Stichum*, *§. additio*, *D. eod.*

Ad L. Si cum. 3.

Imp. Gordianus A. Apollonio.

Si cum servus liberam peculii administrationem haberet, mutuam ab eo accepisti pecuniam, eiusque ante ademptum peculium, vel priusquam ademptum cognosceres, eam exsolvisti: ea solutione liberatus es. PP. S. Kal. Octob. Pio & Pontiano Coss.

Ad L. Nihil. 4.

Idem A. Rufinæ.

Nihil interest, utrum creditori mutuam pecuniam solveris, an ex eius voluntate servo numeraveris. Nec enim ex eo quod creditor concessit in fatum prius quam instrumenta redderet, evacuatæ obligationis vires reparari queunt. PP. II. Id. Octob. Pio & Pontiano Coss.

Ad L. Cum maritum 11.

Iidem AA. & CC. Capitolinæ.

Cum maritum tuum a debitoribus tuis minoris vigintiquinque annis constitutæ, velut ex caussa tibi debiti aliquas accepisse quantitates, nec tamen te consensum accommodasse significes: nullum tibi præiudicium potuit fieri, nisi factam solutionem post maiorem ætatem ratam feceris. S. V. Kal. Maii. Heracliæ. AA. Coss.

Ad L. Invito. 12.

Iidem AA. & CC. Eutychio.

Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, se non liberat obligatione. Quod si hoc vel mandante, vel ratum habente eo fecerit: non minus liberationem consequitur, quam si eidem creditori solvisset. S. III. Idus Maii. AA. & CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Creditori maiori & sanæ mentis recte solvi.*
2. *Alii, quam creditori recte solvi voluntate creditoris.*
3. *Voluntate creditoris solvi, sive mandet, sive ratum habeat.*
4. *Procuratori recte solvi.*
5. *Servo, qui peculium habet, recte solvi; quando.*
6. *Mandato revocato non recte solvi procuratori: & peculio adempto non recte solvi servo, si debitor hæc facta sciat: diversum, si ignoret.*
7. *Minoribus quomodo recte solvatur.*

1 HIS rescriptis quatuor † exponitur ille locus, cui recte solvatur ad liberationem debitoris. De eo ita statuendum. Alia in eo caussa est creditoris minoris, & eius, qui auxilio tutoris, aut curatoris regitur; alia maioris vigintiquinque annis, 2 qui curatorem non habet. Creditori † ipsi, dum maiori & sanæ mentis, citra controversiam recte solvitur. *L. 4. in pr. L. invito, in fin. hic.* Est enim is, cui debetur, idest, is cui ex obligatione præstandum est: ut dum ei solvitur, plane eo modo satisfiat obligationi. Unde & liberationem exsistere necesse est.

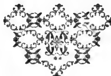
3 Contraria † de caussa alii frustra solvitur invito, aut ignorante creditore, *d. L. invito, in pr.* Quippe hoc modo non fit, quod debuit ex obligatione. Sed hoc, inquam, ita, si invito, aut ignorante creditore solvitur. Voluntate eius qui alii solvit, non minus liberatur, quam si ipsi creditori solvisset. *dicta L. invito. dict. L.* 4 *4 hic.* Voluntate † creditoris alii solvi intelligitur, sive mandet creditor debitori, ut alii solvat; sive cum ignorante eo solutum esset, postea ratum habeat. *dicta L. invito.* Idem est etsi debitori creditor nihil mandaverit; sed mandavit alii, ut pecuniam a debitore acciperet. *L. 3. hic.* De mandante creditore nulla dubitatio est. De eo, qui ratam habet, desiit dubitari, postquam obtinuit, ratihabitionem mandato comparari. *L. vero, in fi. D. eod.* Quod autem diximus idem esse, etsi creditor non debitori, sed alii mandavit, ut pecuniam vel exigeret, vel oblatam acciperet: declaratur ea re maxime, quod etsi tacitum mandatum creditoris intervenerit de pecunia exigenda, recipiendave; tamen el, cui ita mandatum sit, placet recte solvi. Argumento sunt procurator universorum bonorum, & servus, cui dominus liberam peculii administrationem dedit. Vero † procuratori recte solvi placet, non 5 tantum si ei mandatum est specialiter, ut pecuniam exigeret, vel acciperet oblatam; sed etiam si ei omnium negotiorum administratio mandata *sit L. vero, in pr. D. eod.* Nempe quia administrationis verbo tacite etiam exactio huius pecuniæ concessa est. † Hac de caussa & ei servo recte solvitur, qui liberam peculii administrationem habet, si ei solvatur, priusquam 6 debitor ademptum ei peculium cognosceret,

ret, ut est in *L. 3. hic*. Imo adeo si servo dominus peculium habere permisit: hoc ipso & eum peculiares nummos recte mutuo dare, & cum dederit recte ei solvi placuit. *L. 2. §. ult. D. si cer. pet. L. si servus. L. quod servus, D. eod.* Non alia de caussa, quam quod peculium est, quod servus habet permissu domini separatum a rationibus dominicis. *L. quum Tuberonis, D. de pec.* Hoc autem permittere, est permittere, ut id omne servus habeat tanquam proprium patrimonium: sic enim *peculium* definitur, quasi pusillum patrimonium servorum filiorumque familias. *§. actiones autem, Inst. de act.* Hactenus ergo servo saltem hoc concessum, ut peculium tanquam patrimonium suum exercere, si non per omnia ut dominus, at saltem ut tanquam bonus paterfamilias possit; peculiares nummos recte collocare, & cum deberi cœperit, recte accipere, ne nummi apud eum vacent, ut scripsi *ad L. 2. ult. si cer. pet.* Quid est igitur, quod hic in *L. 3.* adiicitur, liberari debitorem, si pecuniam mutuam a servo, qui liberam peculii administrationem habet, acceperit; eique ante ademptum peculium, vel priusquam ademptum cognosceret, eam solverit? Non sane, quia pecunia a servo, qui peculium habet, mutuo dari non possit, aut ab eo data non possit ei solvi, nisi liberam peculii administrationem habeat; sed ut significetur, quanvis libera ista administratio ei concessa sit; tamen ne sic quidem ei recte solvi, si solvatur post ademptum peculium, quod debitor ademptum non ignoraret: atque hoc modo declaretur, quod servo recte solvitur, totum id neque ex peculii iure, neque ex liberæ administrationis concessione, sed ex voluntate domini eiusdemque creditoris pendere.

7 Mandante † & volente creditore pecunia alicui solvi intelligitur, si mandatum & voluntas perseveret. Cæterum mandatum revocatum, mandatum esse desinit. Quo fit, ut revocato mandato si debitor, quanvis illi ipsi, cui prius mandatum erat, solvat, non liberetur; si tamen sciat revocatum mandatum. Si ignoret, utilitatis caussa receptum est, ut nihilominus liberetur. *L. vero, D. eod. §. recte, Inst. de mand.* Inde & peculio finito, & libera peculii administratione revocata, potestatem servo solvendi finiri placet, *d. L. 3. hic* Sed hic monendi sumus tunc solum creditorem posse voluntatem suam de pecunia alii solvenda revocare, cum potestas alii solvendi ex stipulatione, aut conventione debitori tributa non est.

Diversum est, si debitor ab initio in re contrahenda hanc potestatem acceperit voluntate creditoris: utputa, promisit quia centum sibi, aut Titio. Huic Titio recte solvet quandocumque volet, etiam invito & prohibente creditore: quia stipulatio ab initio certam conditionem accepit, quam debitori invito creditor auferre non potest. *d. L. vero, D. eod.*

Hæc de maioribus creditoribus dicta sunt. In minoribus autem contra evenit, ut his solvi non possit sine tutorum, aut curatorum auctoritate. *L. cum maritum, hic §. at ex contrario, Inst. quib. al. lic. vel non. L. pupillo, D. eod.* Ex horum autem auctoritate minoribus recte solvitur, *d. §. at ex contrario.* Quinimo & tutoribus & curatoribus, *L. quod si forte. §. 1. D. eod.* quia scilicet tutores & curatores dominorum loco sunt, cum tutelam administrant, *L. tutor, qui tutelam, D. de admin. tut.* Sed quam non sit tuta hæc liberatio in omnibus caussis, & quid ad plenam cautionem debitoris in ea solutione requiratur: alibi admonemur, petendum ex constitutione Iustiniani, quæ de hac re scripta est, *L. sancimus, C. de adm. tut.* & refertur *in d. §. at ex contrario.*



Digitized by Google

Ad L. Nulla. 5.

Idem A. Celso.

Nulla tibi adversus creditorem alienum actio superest, eo quod ei debitam quantitatem offerens, ius obligationis in te transferri desideras: cum ab eo te nomen comparasse non suggeras; licet solutione ab alio facta nomine debitoris, evanescere soleat obligatio, PP. V. Kalend. Novemb. Pio & Pontiano Coss.

S U M M A R I A.

1. *Extraneum solutionem offerentem frustra petere ab invito creditore, ut sibi cedat actiones adversus debitorem, & hoc quam recte.*
2. *Solvendo quemque pro debitore eum invitum & ignorantem liberare: & quam recte hic liberatio invito acquiratur.*
3. *Solvere quemque posse non solum pro debitore invito, sed etiam invito creditori; ut nisi pecuniam accipiat, liceat oblatam resignare, & ea obsignatione debitorem liberare.*

QUia ita ius erat, ut liceret unicuique pro debitore solvere, de quo paulo post; quærebatur, an extraneus, qui pro debitore solvere paratus esset, posset etiam iure petere a creditore, ut sibi cederet adversus debitorem actiones suas; quasi hoc priori illi iuri consequens foret. Movet exemplum fideiussoris, qui cum pro debitore solvit, potest desiderare a debitore, ut sibi cedat actiones adversus debitorem, itemque actiones hypothecarias. *L. 2. L. cum alter, L. mandati, sup. de fideiuss. L. Modestinus, D. eod.* Huc accedit, quod ea res solventi prodest, creditori nihil nocet, ut videatur non iniquum id a creditore petere, argum. in *L. 2. §. quamquam, D. de aq. & aq. plu. arc.*

1 Rescriptum † est hoc loco, frustra extraneum id ab invito creditore petere, quamvis solutionem pro debitore offerat; hac ratione, quod nulla ei ad eam rem superest actio. Compositum pro simplici positum. Nulla superest actio, pro nulla est actio. Nam nec ante ulla tibi soluturo competebat. Nihil ad rem pertinet exemplum fideiussoris. Nam hic solvit creditori suo, non alieno: & de alieno hic agitur. Mandator, itemque fideiussor adversus creditorem actionem habere possunt, *d. L. Modestinus*. Atque ut nullam actionem haberent: tamen exceptionem habent, qua se adversus creditorem tueantur, nisi paratus sit actiones cedere, ut docuimus ad *L. 2. supr. de fideiuss.* Nihil horum est in solutore extraneo, qui creditori alieno solvit. Nam nulla potest exceptio ei esse adversus creditorem, qui nihil petit toto Tit. *de excep.* Nullam ei actionem esse constat; quia cum alieno creditore non contraxit. Et quod dicitur hanc cessionem non nocere creditori, vere dicitur. Sed & illud verum est, eam solutori nihil prodesse, quia is solvere non cogitur; & melius est, eum ab initio non solvere, quam pecunia soluta ad eam repetendam remedium quærere.

Quod † reliquum est, statuitur hoc loco ad extremum generalis sententia illa, unde superior quæstio nascebatur, solutione ab alio facta nomine debitoris, evanescere obligationem. Quod sic interpretandum est; ut liceat cuivis extraneo pro debitore solvere, non solum ita, ut ea solutione debitorem volentem liberet; sed etiam ut liberet ignorantem & invitum. *L. solutione, L. si pro me, L. solvere, D. eod. Inst. quib. mod. tol. obl. in pr.* Ne quem moveant ea, quæ contra disseri solent. Pro invito creditore pecuniam alii exigere non licet, ut debitor eo facto liberetur. *L. invito, infr.* Cur igitur magis pro invito debitore liceat solvere? In promptu ratio est, quæ compluribus locis est tradita. Pro creditore quis exigens creditori nocet, si debitorem liberat. At pro invito si solvit, debitori prodest simul & creditori. Est autem secundum naturæ & omnis iuris regulam, licere unicuique alterius conditionem meliorem facere, non licere autem facere deteriorem, hoc in *L. solvendo, D. de neg. gest. & L. solvere, D. eod.* Et præterea regula iuris, Invito beneficium non dari, seu non acquiri. *L. invito, D. de reg. iur. L. hoc iure, §. non potest, D. de donat.* An non igitur 2

Digitized by Google

Igitur eadem opera negatur invito acquiri liberationem, in qua est beneficium? Non negatur: illud enim, *invito beneficium non adquiri*, sic accipiendum est: ut invito principaliter & recta nunquam acquiratur; per consequentiam autem quominus possit acquiri, nihil prohibet, si prius acquisitio in re aliqua aut in aliqua persona constiterit, ex qua re aut persona necessario beneficium ad nos derivetur, ut in specie proposita accidit. Nam cum extraneus solvit creditori quod debetur, facit, ut non sit res amplius quæ debeatur. Re debita sublata, consistit in ea re obligationis solutio. Nam sine re quæ debetur, nulla obligatio esse potest. Unde etiam debitores omnes interitu rei debitæ liberantur. *L. si ex legati, D. de verb. obl.* Porro obligatione rei quovis modo sublata, necessaria consequentia efficitur, ut debitor qui prius fuerat, liberetur, qui sine obligatione teneri non potuit. Idem dicendum est de personis aliis, in quibus prius acquisitio constitit, a quibus deinde ad nos necessaria consequentia iuris ea acquisitio transfertur: ut, cum ii qui sunt in potestate nostra, aut aliquid acquirunt, aut in re aliqua liberantur. Quia enim acquisitio primum in eorum persona consistit, & iuris ratio facit, ut quidquid per eos acquiritur, statim nobis acquiratur. *L. placet, D. de acq. her. §. item nobis, Inst. per quas pers. nob. acq.* fit hic quoque per consequentiam, ut beneficium ad nos transeat, quod prius in aliis constitit, quam in nobis. Huc pertinet *L. servus vetante, D. de verb. obl.*

3 Non † tantum autem cuivis extraneo licet solvere pro invito debitore, sed etiam licet solvere invito creditori; tametsi hoc loco nihil aliud dicatur, quam solutione facta, idest, a creditore admissa, debitorem liberari: ut scilicet quemadmodum debitor ipse, si pecuniam offerat creditori, & illo recusante pecuniam obsignatam solemniter deponat, se omni obligatione liberat: *L. obsignatione, infr.* ita & quivis, qui creditori nihil debeat, eadem obsignatione debitori idem præstet. *L. Paulus, §. 1. D. quib. mod. pign. vel hy. sol. L. 1. supr. qui pot. in pign. hab.* Merito: nihil enim interest ad liberationem debitoris, utrum ipse solvat, an vero alius pro eo, *Instit. quib. mod. tol. obl. in princ.*

Ad L. Si inter. 6.

Idem A. Alexandro.

Si inter patrem tuum, eosque quos debitores esse dicebas, non de dubia lite transactio facta est, sed parte tantummodo recuperata, universum se recepisse cavit, nec de superfluo eos, quos verbis obligavit, per acceptilationem liberavit: nec donationis caussa id factum est: exsuperantis debiti integra ei repetitio competit. PP. Idus Febr. Gordiano A. & Aviola Coss.

SUMMARIUM.

1. *Falsa confessio debiti accepti quatenus non noceat creditori.*

1 Falsa confessio & professio omnis, ut substantiam rei non mutat, ita veritati non nocet. *L. Imperatores, D. de prob. L. non nudis. supr. de prob. L. 2. sup. de non num. pec.* Proinde si quis in instrumento confessus sit, se pecuniam a debitore accepisse, quam non accepit, non nocebit confessio creditori, quo minus illi integra maneat actio: nisi de eo, quod non accepit, debitorem liberarit, aut per acceptilationem, aut pacto transactionis, donationisve caussa interposito, ut hic traditur, & *L. interest, L. si literarum, infr. eod.* Sed diligenter animadvertendum est, his rescriptis hoc solum constanter dici, post hanc confessionem integram actionem manere. Non dicitur simpliciter, hanc confessionem non nocere creditori, & recte. Revera enim nocet in re dubia, in qua oportet unumquemque confessioni suæ stare, quamdiu nihil contra probetur. *L. generaliter, supr. de non num. pec. L. cum de indebito, in fin. D. de prob.*

Sed si creditor, qui confessus est, paratus sit probare, se confessum esse accepisse, quod non accepisset: veritati, ut dixi, locus superetit, & recte debitum repetet,

petet, ut hic dicitur. Id autem ita probare potest confessus, si doceat, se confessum esse, deceptum errore falsæ caussæ præteritæ, aut futuræ, quæ secuta non est. Præteritæ: ut si sibi persuaserit eam pecuniam, de qua confitebatur, recte solutam esse, cum debitor diceret, se eam solvisse eius institori, aut procuratori, aut filio peregre agenti. Errore falsæ caussæ futuræ: si quis spe futuræ numerationis confessus sit in præsentia se accepisse. *d. L. interest*, & *L. si literarum, inf. eod.*

Ad L. Eius. 7.

Imp. Philippus A. & Philippus C. Antiocho.

Eius quantitatem, cuius petitionem ratio compensationis excludit, usuras non posse reposci manifestum est. PP. V. Kal. Aug. Peregrino & Æmiliano Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Compensationem pro solutione esse, eandemque vim habere.*

1 Compensatio pro solutione est. *L. si constat, sup. de comp.* Proinde & eosdem habet effectus: inter quos est liberatio usurarum. Ut pecunia soluta, aut creditore non accipiente obsignata & deposita, debitor periculo omni usurarum & aliarum rerum liberatur. *L. acceptam, sup. de usur.* ita admissa compensatione, cuius ratio ipso iure habetur, non ex eo tempore quo debitor iudicio conveniri cœpit, & exceptione compensationis usus est, liberatur; sed ex quo a debitore & creditore eadem summa utique deberi cœpit: quod eleganter comprehensum est in *d. L. si constat*, & *L. seq. sup. de compens.* idem hoc loco.

Ad L. Usuras. 8.

Idem A. & C. Rufino.

Usuras, quæ quotannis in urbe numerandæ sunt, promittere alio loco dependi, nisi ex iusta caussa, exempli ratio minime sinit. PP. V. Idus Maii. Philippo A. & Titiano Coss.

S U M M A R I A.

1. Permittere & dependi *hic legendum, & loci sententiam eandem esse, quæ expressa est in* L. pen. D. de eo quod cer. loco.
2. Exempli rationem non sinere, *hoc loco quid sit.*
3. *Certo loco promissum alio loco etiam invito creditore solvi posse ex caussa: & quæ hic caussa.*

Lectio huius loci variat, a qua quoniam pendet sententia huius rescripti ideo initio nobis animadvertenda est. In quibusdam exemplaribus legitur, *promittere alio loco*: in aliis, *permittere alio loco*: quam varietatem Accursius agnovit, & eum eo vulgo interpretes utramque lectionem retinent, parum intelligenter.

1 Aperte † enim legendum est, *permittere*, non, *promittere*. Nam quod certo loco dari promissum est, licet debitori alio quovis loco promittere: quoniam non promittit nisi volenti, non enim perficitur stipulatio, nisi ex duorum consensu, *L. inter*, §. 1. *L. continuus*, §. *D. de verb. obl.* Licet autem cuivis citra controversiam volenti alio loco promittere, quemadmodum & volenti solvere licet, arg. *L. pen. D. de eo, quod cer. loc.* Permittere autem alio loco solvi, quam quo loco ex stipulatione dari debuit, hoc est, quod iuris ratio non sinit: idem, quod hoc rescripto *permitti* prohibetur. Itaque rescripti

pti ea sententia est, quæ expressa est in *L. pen. D. de eo quod cer. loc.* id, quod quis certo loco promisit, alio loco invito creditore solvi non posse. Quo eodem ex loco intelligimus, in hoc rescripto non *deferri* legendum esse, sed *dependi*, ut est in veteribus exemplaribus. Dependere præstare est, & solvere. *L.* 3. *§.* 1. *D. de usur.* Adiicitur hoc loco caussa, cur id non permittatur.

2 Ratio † exempli, aiunt Imperatores, id non sinit: idest, quia id, nempe permittere alio loco solvi pecuniam, si non per se iniquum est; at iniquum est propter exemplum, &, ut alibi dicitur, exemplo perniciosum est. *L. exemplo, supr. de prob.* Id hanc sententiam habet: fieri potest, ut in ea caussa, quæ nunc proponitur, debitor sic alio loco pecuniam offerat creditori suo, ut revera nullum sit incommodum creditori eo loco accipere, eoque in ea caussa non sit iniquum per se eum cogere. Sed si in hac caussa admiserimus, in omnibus aliis caussis & debitoribus admittendum erit propter exemplum: iura enim non in singulas personas, sed generaliter constituuntur *L. iura, D. de legib.* Hoc autem exemplum admittere, iniuriosum, &, ut supra diximus, perniciosum, idest, tale, quod aliis in re pari perniciem publice adferat, multis enim modis accidere potest, ut non expediat creditori pecuniam accipere.

Adiicitur † hoc rescripto exceptio, nisi ex caussa iusta, quam exceptionem intelligimus adiiciendam esse. *d. L. pen. D. de eo quod cer. loc.* Duplex autem iusta caussa est, cur alio loco pecunia offerri possit: vel quod solvi pecunia constituto loco non possit, puta sublato loco chasmate, aut occupato a mari, vel ab hostibus, aut itineribus vi externa interclusis. Vel quod alio loco solvere evidenter expediat & creditori & debitori. Veluti, si creditor eo loco pecuniam debeat alii, quam & necesse habeat solvere, debitor autem eam pecuniam offerat pro creditore, ubi is aliam non habeat. Hic manifestum est, si creditor hanc solutionem recuset, non ob aliam caussam recusare, quam ut molestiam exhibeat debitori suo, nullum aliud commodum inde laturus: malitiis non est indulgendum. *L. in fundo, D. de rei vind. L. si cui simplici, D. de servit.* de quo plura scripsi ad *d. L. pen. D. de eo, quod cer. loco.* 3

Ad L. Obsignatione. 9.

Impp. Dioclet. & Maximianus AA. Cassio.

Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta, liberationem contingere manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur, solutio fuerit celebrata. PP. V. Id. Maii. Maximo. II. & Aquilino Coss.

SUMMARIA.

1. *Obsignatione pecuniæ debitorem liberari: & quali.*
2. *Obsignatio solemnis, quæ.*
3. *Oblatio pecuniæ ad obsignationem solemnem, qualis esse debeat.*
4. *Testatio in oblatione quid, & cur adhibenda.*
5. *Obsignare quid.*
6. *Obsignationis finis.*
7. *Depositio pecuniæ ad solemnem obsignationem qualis, & cur requiratur.*
8. *Totam pecuniam offerri debere: partem oblatam iuste creditorem recusare, sive debitor totum se debere fateatur, sive partem tantum.*
9. *Opportunus locus dandi & offerendi quis.*
10. *Opportunum solvendi & offerendi tempus.*
11. *Obsignationis effectus ad liberationem.*
12. *Debitorem, si pecuniam obsignatam ad se receperit, incipere utili actione ex vetere caussa teneri.*
13. L. debitor, D. de usuris, *explicatur.*
14. *Oblatione sola neminem a principio liberari vel per exceptionem, nisi ex caussa publicarum pensitationum.*
15. *Oblationis effectus quatuor.*
16. *Oblata pecunia amissa sine culpa debitoris liberari debitorem, in strictis iudiciis per exceptionem, in bonæ fidei ipso iure, cur, & quid intersit.*
17. *Pecunia ad solutionem destinata amissa non liberari debitorem, nisi prius pecunia oblata: specie debita amissa sine culpa debitoris continuo nasci liberationem, & differentiæ ratio.*

1 Obsignatione pecuniæ † debitor liberatur; sed iis conditionibus, quæ hoc rescripto præstituuntur: si solemniter obsignatio fiat; & si iusta sit oblatio. Solemnis † obsignatio est, in qua hæc tria 2
ordine concurrunt, oblatio pecuniæ debitæ,

tæ, obsignatio oblatæ, & oblatæ in locum publicum depositio, quæ comprehensa sunt maxime in *L. acceptam, sup. de usur.* sed & aliis locis similibus prope innumeris, ut *L. si creditrici, eod. tit. L. creditor, supr. de pign. L. ult. supr. deb. vend. pig imp. non pos. L. ult. supr. de luit. pig. L. tutor pro pupillo, in fin. D. de adm. tut.*

3 Oblatio † id continet, ut pecunia offeratur creditori. Hac oblatione non præcedente nihil prodest debitori ad solutionem, pecuniam obsignatam apud se habere. *L. 2. sup. de usur.* In † oblatione

4 pecuniæ ius exigit testationem, sive contestationem, *d. L. acceptam, sup. de usur.* Id significat, pecuniam offerri debere testibus præsentibus, ut explicatur in *L. si creditrici, sup. de usur.* Usus testationis hic est, ut si neget creditor pecuniam totam sibi offerri, aut neget esse probam: debitor utrumque possit ostendere testibus præsentibus. Item si creditor recuset omnem numerationem: testari possunt testes, pecuniam illi recte oblatam, ipsum autem recusasse accipere. Oblationem sequi debet obsignatio. Hoc autem continet, ut creditore oblatam pecuniam recusante debitor obsignet. *d. L. si creditrici, & L. acceptam.* Obtulisse non est satis, nisi obsignetur. *L. tutor pro pupillo, in fin. D. de adm. tut.* Obsignare

5 † pecuniam est in sacculum, aut aliam materiam immissam includere, & sacculo ita sigillum imponere, ut nisi amoto sigillo sacculus aperiri non possit. *L. 1. §. si pecunia, D. depos.*

6 Obsignationis † finis hic est, partim ut debitoris existimationi consulatur, partim ut creditoris utilitati. Nam si pecunia a creditore recipietur manente sigillo, intelligetur ex eo, debitorem rem ab initio bona fide gessisse, dum apparebit, congruere summam, quam ille dixit, cum postea in sacculum nihil adiectum sit, ut integrum sigillum declarat. Quod si sacculus resignatus erit, quod ex signo amoto facile apparebit: caussa erit creditori, cur adversus depositarium agat, & quo probet, sacculum dolo resignatum esse. Ne

7 † hoc quidem satis, pecuniam obsignasse, nisi debitor obsignatam deponat in tuto loco, ut est in *d. L. tutor pro pupillo, in fin. D. de adm. tut.* Tutus autem locus is habetur, qui est publicus, ut hoc explicatur in *d. L. acceptam, sup. de usur.* Sed ne quemvis publicum hic tutum & idoneum putemus, adiicitur ibidem, in hoc casu publicum intelligi oportere, vel ædem sacram, ut olim, cum pecuniæ apud æedituos deponebantur; vel ut nunc & olim, eum locum, ubi competens iudex super ea re aditus deponi constituerit. Hanc depositionem perspicuum est, creditoris caussa exigi, ne pecunia in medio relicta ab obviis quibusque auferatur. Sed & debitoris: ut scilicet cum superiora tria præstiterit, si pecunia postea pereat, habeat creditor, quod de se solum queratur, non de debitore. Sciendum est tria ista exigi, cum creditor præsens est, cui pecunia offerri possit. Quod si creditor aberit, magistratus interpellandus est. *L. si creditrici, sup. de usur.* Nempe ut eo præsente pecunia offeratur, deinde obsignata eius auctoritate deponatur: tum id pro iusta oblatione cedet.

Non est satis obsignationem solemniter fieri, oblationem præterea iustam esse oportet, ut nulla sit creditori recusandi caussa. Ut oblatio iusta sit, in eo tres sunt conditiones, quas sigillatim exsequar. Prima † est, ut tota pecunia debita offeratur, ut hic constitutum est, & *d. L. acceptam, sup. de usur.* ubi hoc amplius additur, pecuniam cum usuris offerendam esse. Idem in *L. ult. supr. deb. vend. pig. imp.* Hinc intelligimus esse verissimum, quod communi sententia interpretum constituitur, solutionem partium iuste creditorem recusare. Et hic locus diligenter in eam sententiam notandus est adversus cavillationes Alciati, qui in omnibus locis, in quibus legitur, particulatim pecuniam creditori offerri non licere, ait ideo fieri, quia in illis de conditione implenda agitur: conditio autem pro parte impleri non potest. *L. cui fundus, D. de cond. & dem.* Etsi hoc nonnullam probabilitatis speciem habet in aliis locis; tamen cavillatio hoc uno loco aperte retunditur, ubi de pecunia principali debita agitur; & nihilominus exigitur, ut obsignetur tota. Adeoque verum est, non cogi creditorem per partes accipere: ut putem, ne tunc quidem cogendum esse partem accipere, cum debitor partem tantum fatetur, & partem negat. Nam si creditori ab initio ius constitutum est partem oblatam recusandi, hoc ius ulla confessione, aut negatione debitoris illi extorqueri non potest, arg. in *L. ultim. D. de pact. L. habere, in fin. D. de evict.* nec ad rem pertinet *L. quidam, D. si cert. pet.* cuius argumento vulgo in contrariam sententiam utuntur. Nam quod illic dicitur, cum debitor fatetur, partem se debere: creditorem cogendum esse partem accipere, non absolute dicitur, sed cum conditione: si creditor, id quod petit, velit

lit consequi. Prius enim responsum erat, creditorem eam partem, quam debitor fatetur, iudicio consequi non posse. Unde subiicit intelligendum est, siquidem eam consequi velit, cogi eum accipere extra iudicium. Sed hac conditione, inquam, si velit partem oblatam consequi. Quod si eam oblatam accipere neque in iudicio, neque extra iudicium volet, ita accipere utique non cogitur. Optima ratione, quæ & vulgo redditur: quia non est cogendus creditor eam solutionem accipere, ex qua aliquod damnum metuat. *L. debitorem*, 99. *D. eod.* Partium autem solutio non minima incommoda habet. *L.* 3. *D. fam. ercisc.* Sed de hac quæstione scripsi pluribus & ex professo ad *d. L. quidam.*

9 Altera † conditio est, ut pecunia idoneo loco offeratur: quæ hic traditur, & *L. qui Romæ, in pr. D. de ver. obl.* Proinde quod non offertur oportuno loco, iuste a creditore recusatur. Quod sine loci adiectione dari promissum est, siquidem species certa: ibi recte offertur, ubi est: nisi inde, ubi erat tempore contractæ obligationis, alio translata sit a debitore dolo malo. Si genus, puta decem: ibi dari debet, ubi & recte petitur. Extat hæc distinctio in *L. quod legatur, D. de iud.* de re legata quidem, quæ ut debita petitur: sed quæ ob eam caussam ad res alias debitas transferenda est. Duobus autem locis pecunia debita peti potest; vel ubi reus domicilium habet, vel ubi obligatio contracta est. Quare & totidem locis agenti actori dari debet; totidem & recte offertur: alibi oblatam recte creditor recusabit. Sane in pecunia mutuo data, quoniam id agitur, ut reddatur sine incommodo creditoris, *L.* 3. *D. si cert. pet. L. creditorem*, 99. *D. de sol.* id quoque agi videtur, ut reddatur ibi, ubi accepta est: quia sine incommodo creditoris aliter non fit. Ideo placuit desiderante creditore etiam ibi pecuniam reddi debere, quanvis alibi de pecunia actum sit, & reus ibi condemnatus. *L. argentarium*, §. 1. *D. de iudic.* Unde intelligimus nec invito creditore eam pecuniam alibi solvi, aut recte offerri posse. Quod si quid aperte certo loco dari promissum est, id demum certo constat alio loco dari, aut offerri non posse, utpote aperte non opportuno. *L. usuras, supr. eo. L. pen. D. de eo, quod cer. loc.*

10 Tertia † conditio est superiori proxima, ut offeratur pecunia opportuno tempore. *L. si soluturus, D. eod.* Opportunum solvendi tempus debitori regulariter est omne tempus, si quid pure, aut in diem debeatur. Nam & quod in diem debetur, ante diem recte solvi potest *L. quod certa, D. eod. L. eum qui Calendis*, §. *ult. D. de verb. obl.* Sed hoc regulariter, inquam, ut proposui, non enim est perpetuum. Tunc ante diem pecunia invito offerri non potest, cum apparet diem creditoris caussa adiectum esse. *L.* 3. §. *pen. D. de usur.* Sed & in iis, quæ præsenti die debentur, dici potest non esse idoneum solvendi tempus, si quis offerat ei, qui uxorem ducet, eive, quæ nubit, aut ei, qui funus familiare ducit; quoniam in his occupationes sunt iustissimæ & ad officium cuiusque propemodum necessarium pertinentes. arg. in *L.* 2. *in fin.* & *L.* 3. *D. de in ius voc.* Hæc strictim, ac velut obiter de hac parte, quam ideo non persequor hoc loco pluribus quia a me copiose tractata est alibi ad *L. eum qui Calendis*, §. *ultim. de verb. obl.* unde licet petere certiorem eius cum cognitionem, tum confirmationem. His in oblatione † & obsignatione pecuniæ con- 11 stitutis, vis hæc est obsignationis, ut debitor liberetur, ut hic scriptum est. Hoc modo debitorem liberari cum dicimus, intelligimus id, quod verbum significat, liberari ipso iure, ac non per exceptionem tantum. Id autem magis intelligitur ex eo, quod dicitur debitor post obsignationem solemnem omni actione etiam utili liberari. *L. acceptam, in fin. sup. de usur. L.* 1. §. *si pecunia, in fin. D. depos.* Hinc huius obsignationis eadem effecta, quæ & cæterarum liberationum in quibus hæc sunt: periculi omnis amotio, interpellatio usurarum, & accessionum liberatio, comprehensa & ipsa simul omnia in *d. L. acceptam, sup. de usur.* Et hoc est: obsignata & deposita rite pecunia, debitor omni periculo amissæ postea pecuniæ deinceps liberatur, ut est in *d. L. acceptam.* Idem ex eo tempore præstare usuras non debet, *L. si creditrici, supr. de usur. L. tutor*, §. 1. *D. de usur. L. tutor pro pupillo*, §. *ult. C. de adm. tut.* Exinde & liberantur pignora, quæ sola oblatione non liberantur. *L. creditor, supra, de pig. L. ult. supra, debit. vend. pign. imp. non poss. L. ult. supr. de luit. pig.* Nam quod dicitur in *L. item*, §. 1. *D. quib. mod. pig vel hyp. sol.* eum pignus liberare, qui solvere paratus est, sic accipiendum est: qui solvere paratus est cum effectu, idest, ita solvere, ut creditor accipiat, aut creditore recusante pecuniam obsignet, & deponat. Sic enim obsignatio pro solutione erit, non oblatio sola. Quod de pignoribus dicitur, idem intelligen-

ligendum est de fideiussoribus, ut & hi post obsignationem pecuniæ liberentur. *L. in omnibus speciebus, D. eod.*

Sed quod dicimus obsignatione pecuniæ debitorem ad illum modum ipso iure liberari, hic duo loci adversari videntur. Primum eadem ipsa *L. acceptam, in fin. supr. de usur.* ubi traditur post obsignationem pecuniæ, si debitor pecuniam ad se receperit, eum utili actione creditori teneri. Quo effici videtur, eum prius liberatum non fuisse: qui si esset liberatus, nunquam posset teneri postea: semel enim exstincta actio, postea revocari non potest. *L. Mævius, §. duorum, D. de legat. 2. L. qui res, §. aream, D. de solut.* Dicendum

12 est † debitorem, qui pecuniam obsignavit, statim ipso iure omni actione vetere esse liberatum & directa & utili, idque ius perpetuum esse, quandiu pecuniam ad se non recipit. Quod si obsignatam ad se recipere cœperit, ne sic quidem restituetur vetus actio, quæ semel exstincta suscitari non potest. Sed hoc de directa, quæ prius fuit, accipiendum est: cæterum restituetur utilis ex ea caussa ipsa, ex qua prius reus tenebatur. Hæc enim liberationis superioris caussa fuit, quod reus pecuniam recte obsignatam a se removisset: qua caussa facto eius sublata, ratio non patitur, ut locus sit liberationi. arg. in *L. in omnibus caussis id, D. de reg. iur.* At pecunia a debitore recepta, eo res redit, ut nec videatur obsignata, atque hoc modo deficiat caussa liberationis. Æquum igitur debitorem tum eadem actione, qua prius, teneri. Non potest teneri, directa, quia ius superius prohibet. Restat ut teneatur utili: quæ tamen priorem illam obsignationis liberationem non tollit, quam dicimus. Ob-

13 stat † præterea *L. debitor, D. de usur.* ubi scriptum est, si post obsignationem rite factam debitor conventus moram faciat, nummos ex eo tempore steriles non futuros, idest, debitorem ex eo usuras debiturum. Non potuit debitor moram facere, nisi pecuniam obsignatam debuit. Nulla est enim mora adversus eum, a quo peti non potest. *L. nulla, D. de reg. iur.* Sed nec usuræ deberi possunt, nisi eius sortis, quam quis debeat, *L. eius, supra hoc tit.* Quæ omnia aperte evincunt etiam post obsignationem pecuniæ, debitorem pecuniam obsignatam debere posse. Quod & ipsum verum est, & fatemur. Sed quæritur, quando, qua ex caussa, quave actione debere possit. Et cum de eo comprehensum sit in *d. L. acceptam, supra de usur.* inde sumendum est, quod hic sequamur. Qui ergo debitam a se pecuniam obsignavit, eandem & post obsignationem debere potest: sed tum reperiatur eam ad se recepisse, atque hoc modo pro obsignata & deposita habere desiisse. Non quidem ut teneatur vetere actione directa: sed ut teneatur tamen: nempe utili. Post quod tempus ut eandem pecuniam cœpit debere, qui prius debebat: ita & moram eum facere posse verum est; & faciet tum, cum exinde interpellatus non solverit.

Hæc † de obsignatione dicta sunt, quæ 14 eum non frustra exigatur ad liberationem debitoris: ex eo intelligimus id, quod de oblatione sola quæsitum est, nunquam oblationem rei debitæ debitorem liberare vel ipso iure, vel per exceptionem: præterquam in una specie, de qua postea. De quo ne dubitetur, argumenta hæc sunto. Primum, quod creditor post oblationem rei debitæ potest adhuc eandem rem suo iure a debitore petere, & quidem ita, ut si debitor non præstet, moram faciat: quæ illi nocet non aliter, quam si prius rem nunquam obtulisset. *L. illud, D. de per. & com. rei vend. L. sed si postea, 24. D. de rec. arb.* Deinde quod post eandem obligationem placet non eo minus usuras deberi. *d. L. acceptam, supr. de usur. L. tutor pro pupillo, §. ult. D. de administ. tut.* Hoc amplius nec pignora liberari sola oblatione. *L. ult. supr. deb. vend. pig. imp. non posse, L. creditor, supr. de pig.* Et quod dicitur in *L. item, §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* eum pignus videri liberasse, qui paratus est solvere: quomodo accipiendum sit, paulo ante ostendi. Nec dubium est, quin idem probandum sit in fideiussoribus, qui & ipsi accessio sunt principalis obligationis, uti & pignora. *L. in omnib. specieb. D. eod.* Una tamen in specie constitutum est, ut sola oblatio pecuniæ pro solutione cedat: cum scilicet pecunia tributorum & publicarum pensitationum nomine debita susceptoribus oblata est, quam illi accipere recusant. *L. 1. infr. de suscep. Lib. 10.*

Sed quanvis sola oblatio pecuniæ † de- 15 bitores non liberet; non tamen per omnia debitori est inutilis. Habet autem hæc fere commoda quatuor. Oblatio custodiæ periculo liberat debitorem, cum prius ex potestate obligationis custodiam rei præstare deberet. *L. illud, D. de peric. & com. rei vend.* Oblatio facit, ne adversus debitorem usuræ, aut pœnæ stipulatio committatur: cum utrumque deberetur ea conditione, si pecunia soluta non esset: & ea pecunia non soluta quidem, sed tamen a debitore creditori oblata est. *L. si pro*

te

te, supr. de usur. L. Celsus, §. 1. D. de recep. Ita obligatio debitorem quidem obligatione contracta non liberat, at ne in obligationem incidat, facit. Differentiæ ratio est, quod obligationes contractæ certis tantum modis solvuntur, inter quos non est oblatio sola; sub conditione vero contractæ non prius vere contrahuntur, quam conditio impleta sit. Talis est autem omnis usurarum, aut pœnæ promissio: quorum utrumque promittitur sub conditione, si sors soluta non sit. Unde hoc quoque sub contraria conditione dici intelligitur: ne quid horum debeatur, si sors soluta erit. *L. quibus, §. 7. D. de cond. & dem.* Hæc autem conditio exstitisse intelligitur, pecunia oblata. Etsi enim oblata, non ideo soluta: tamen quia per creditorem stat, quo minus solvatur, atque ita quominus impleatur conditio, iure pecunia pro soluta, & conditio pro impleta habetur. *L. iure, D. de cond. & dem.* Demus hanc conditionem, si pecunia soluta sit, extitisse: consequens est contrariam defecisse, si pecunia soluta non sit. Qua conditione non impleta, apparet pœnæ & usurarum stipulationem non posse committi. Eadem oblatio facit, ut si creditor postea fructus percipiat ex rebus sibi pignori obligatis, eos fructus non possit imputare in usuras, quæ ipsi debentur, sed cogatur imputare in sortem: quæ sententia est. *L. ex prædiis, supr. de usur.* Quæ res ut eatenus debitorem a sorte, sic a præstatione usurarum futurarum in posterum liberat.

Sed si quæ usuræ antea debebantur, non desinent deberi, & præterea ea summa sortis, in quam fructus non sufficiunt, ita debebitur, ut simul eiusdem summæ usuræ currant. Ita non minus verum erit quod supra diximus, nunquam contracta & manente sortis obligatione oblationem solam liberare debitorem a præstatione usurarum vel præteritarum, vel futurarum.

16 Postremo † oblatio debitorem non liberat, quandiu summa oblata salva est. At ea amissa si sine culpa debitoris amissa sit, debitor liberatur, ne frustratio creditoris debitori noceat: hoc in *L. qui decem, in pr. D. de solut.* Videtur tamen is locus contraria de hac specie constituere. Nam initio responsi dicitur debitor in hac specie liberari per exceptionem, in extremo liberari ipso iure. Sed nihil hic contrarium. Observandum est enim in fine eius responsi agi de marito, qui pecuniam ex caussa dotis deberet, quam uxori, aut heredibus obtulit. Hoc iudicium bonæ fidei est, *§. actiones autem, Inst. de act.* Unde sub hac specie generaliter hoc dici intelligitur: eum, qui ex iudicio bonæ fidei pecuniam debet, si obtulit eam creditori, ea deinde amissa ipso iure liberari. Quod ergo dicitur in principio, debitorem pecunia oblata ac postea amissa liberari per exceptionem, de eo debitore dictum intelligendum est, qui ex alio genere actionum, idest, stricti iuris, pecuniam debeat, veluti ex stipulatu, aut ex testamento. *L. alias, D. de in lit. iur.* Ex his caussis, inquam, si debitor pecuniam debitam obtulerit creditori, quæ deinde illo recusante sine culpa debitoris perierit: recte dicitur debitor liberari, sed per exceptionem. Hoc ideo dissimiliter in his iudiciis, quod cum ex oblatione pecuniæ quæ postea amissa est, nascatur pariter in omnibus iudiciis exceptio debitori: tamen inter ista iudicia in exceptione usurpanda hoc interest, ut pluribus supra suis locis ostendimus, & maxime ad *§. actionum, Inst. de act.* quod in strictis iudiciis exceptio initio contestanda, atque ita in iudicium deducenda est. *L. præscriptionem, L. si quidem, supr. de excep.* bonæ fidei autem iudiciis exceptiones quamvis non contestatæ ipso iure insunt, ut possint sine ulla contestatione quandoque ante sententiam allegari. *L. 3. D. de rescis. vend. L. huiusmodi, §. qui servum, D. de leg. 1.*

Illud † monendi sumus, quod de debitore post oblationem per exceptionem, aut ipso iure liberando dictum est, consulto dictum esse de eo, qui pecuniam debuit, & obtulit. Nam si species debeatur, & ea sine culpa debitoris perierit: debitor statim, & sine ulla eius speciei oblatione liberatur. *L. si ex legati, D. de verb. oblig.* Utrumque recte, & ei regulæ, quæ est de interitu rei debitæ convenienter. Placet enim, si prius quam per debitorem factum sit, quominus daret, perierit, quod debebatur, eo interitu debitorem liberari. *d. L. si ex legati, de verb. obl. L. quod te, D. si cer. pet.* Iam vero species certa in obligationem deducta, si ea perierit, verum est periisse, quod debebatur: itaque & hic interitus ad regulam pertinet. Non idem dici potest, si quis pecuniam debuit in genere, deinde certam offerat. Ut enim maxime hæc oblata postea pereat: tamen semper constabit non periisse eam, quæ debebatur: quoniam debitor neque illam quam obtulit, neque ullam aliam certam debuit. *L. in ratione, §. incertæ, D. ad L. Fal.* Ita fit eadem ista constitutione iuris, ut summo iure debitor liberari non possit: cum 17

ſemper pecunia maneat in rerum natura, quam is poſſit præſtare. Sed nihilominus eum liberari æquum eſt. Non enim æquum eſt teneri eum pecunia oblata amiſſa, qui non teneretur, ſi creditor accipere voluiſſet: ratio Marcelli, atque hinc doli exceptio in *d. L. qui decem, D. eod.* quæ exceptio eſt, qua in propoſito debitorem liberari, ſupra diximus.

Ad L. Succeſſores, 10.

Iidem AA. & CC. Ambroſio.

Succeſſores eius, qui maior viginti quinque annis in ſolutum pro debito iure mancipia dedit, hæc revocare non poſſe conſtat. S. V. Id. April. Bizantii, AA. Coſſ.

SUMMARIA.

1. *Aliud volenti ſolutum parere liberationem, nec poſſe revocari ab eo qui ſolvit, ſi maior eſt; aut ab eius heredibus.*
2. *Minoribus aliud pro alio ſolventibus, quamvis tutorum curatorumve auctoritate, aut decreto magiſtratus, paratam eſſe in integrum reſtitutionem ad repetendum ſolutum, ſi læſi ſint, inde & eius heredibus.*

1 PRO † pecunia, quæ debetur, volenti creditori recte aliud ſolvitur, ut fundus, mancipia, & res cæteræ. *L. manifeſti, infr.* Semel recte ſolutum debitor revocare non poteſt. Quippe datum eſt creditori ob cauſſam, ut debitor liberaretur. Hæc cauſſa poſt ſolutionem ſecuta eſt: quo fit, ut ceſſet repetitio. *L. 1. D. de con. cau. dat. cau. no. ſec.* Quod debitor ipſe revocare non potuit, ſi viveret; multo minus revocare poterunt eius heredes, de quo hoc reſcripto cautum eſt. Hi enim ſuccedunt in ius defuncti & per omnia eodem iure tenentur. *L. qui in ius, D. de reg. iur. §. ult. Inſt. de locat.* Adeoque id verum eſt: ut quanvis debitor ſolviſſet rem heredis ſui; tamen heres factum deceſſoris ſui infirmare non poſſet. *L. ſi a matre, ſup. de rei vind. L. venditrici, ſup. de reb. al. non al.* Sed hæc ad eos pertinent, qui ſunt maiores viginti quinque annis, & ad eorum ſucceſſores, quod eſt temperamentum huius reſcripti. Quod † ſi debitor minor 2 aliud pro debito ſolverit, aut nihil alienat, ſi res immobilis ſoluta eſt: toto Tit. *D. de reb. eor. qui ſub. tut. vel cur. ſunt.* aut ſi quid ex decreto magiſtratus, vel auctoritate tutorum curatorumve ſolvit, nihilominus ſi læſus eſt, poteſt conſequi in integrum reſtitutionem beneficio ætatis. *L. non omnia, D. de min.* & quæ reſtitutio ipſi debitori vivo competeret, eadem competit eius heredibus. *L. non ſolum, D. de in int. reſt. L. minor autem. 18. ult. D. de minor.*

Ad L. Cum Maritum. 11.

Exemplum hic eſt legis ſequentis.

Ad L. Iunio. 12.

Expoſui hunc locum ad *L.* 3. & *L.* 4. *ſupra.*

Ad L. Si obligatum, 13.

SPecies prope eadem, certe eadem plane ſententia, quæ *L. ſi inter, ſupra hoc tit.* In verbis mendoſe legitur, *poſt acceptilationem liberaſti:* legendum, *poſt acceptilatione liberaſti.* Agitur enim hic de eo, qui falſo ſcripſit ſe accepiſſe, quod non accepit: neque debitorem novatione interpoſita, neque poſt novationem interpoſita acceptilatione liberavit.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Pecuniæ. 14.

Iidem AA. & CC. Cohortæ.

Pecuniæ ſolutæ profeſſio collata inſtrumento, maiorem rei geſtæ probationem continet, quam ſi chirographum acceptæ pecuniæ mutuæ fuiſſet redditum. S. V. Id. Iul. AA. Coſſ.

Ad L. Quod debitori. 15.

Iidem AA. & CC. Quartino.

Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adſeveras, nihil de iure tuo deminutum eſt. Quibuſcunque itaque argumentis iure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro huiuſmodi facto liberationem minime conſecutum, iudex ad ſolutionem debiti iure compellet. S. V. Kal. Sept. AA. Coſſ.

S U M M A R I A.

1. *Chiregraphum quanvis debitori non redditam fieri ſoluta pecunia inane, ut iam nec crediteri proſit, nec debitori noceat.*
2. *Chirographum quanvis inane ſoluta pecunia recipere, cur utile, & quæ in eam rem actio.*
3. *Quæ ſolutionis probationes. Apocha quid.*
4. *Confeſſum creditorem ſibi pecuniam eſſe ſolutam quanvis ſine ſcripto, confeſſioni ſuæ ſtare debere.*
5. *Sed poſt triginta dies ex conſtitutione Iuſtiniani.*
6. *Chirographum debitori redditum liberationis fidem facit, ſi modo redditum ſit a creditore, non aliter: debitoris in eo eſſe probationem.*

HÆC regula certi iuris initio huius tituli poſita eſt, ſolutione eius quod debetur, tolli obligationem. *Inſtit. quib. mod. tol. obl. in pr.* Et ſi quidem de ſolutione conſtat, tollitur controverſia. Ad-
1 eoque † verum eſt debitorem liberari: ut liberetur, etiamſi chirographum ſuum a creditore non receperit, planeque id chirographum ſit inane, ut amplius nec creditori proſit, nec debitori noceat. *L. 4. ſupra hoc tit. L. ſi actore, infr. eod. L. qui tabulas, D. de fur.* Recte inane; quandoquidem chirographum nihil amplius continebat, quam obligationem debitoris. Hanc autem conſtat ſublatam eſſe ſolutione. Quo fit, ut obligatione ſublata, nihil relinquatur in chirographo proprium chirographi. Quod ſi chirographum, quanvis apud creditorem integrum manens, debitori qui ſolvit, nihil nocet; multo minus nocebit, ſi erit inductum. Unde recte dicitur in *L. inductum, inf. eod.* debitoribus ſolutionem probantibus nihil eorum intereſſe, utrum chirographum inductum fuerit, an non fuerit.
2. Quia † tamen utile eſt chirographum a debitore recipi, ne poſtea aut ipſe, aut heredes eius ignari ex eo chirographo conveniri poſſint: conſultum eſt, ut debitor chirographum repetat: in quam rem eſt condictio ſine cauſſa. *L. 2. ſupr. de cond. ex lege. L. ult. infra, eod.* Hæc, ut dixi, ſi conſtet de ſolutione. Quod ſi de eo ipſo ſit controverſia, an debitor ſolverit, quia debitor dicat ſe ſolviſſe, creditor neget: hic de probatione quæritur. Ac primum utri incumbat probatio, debitorine, ut probet ſe ſolviſſe; an creditori, ut probet ſibi ſolutum non eſſe. Et placet debitorem, qui ſe ſolviſſe dicit, ſolutionem probare debere. *L. ult. hic, L. 1. ſupra, de probat.* Quod regulis iuris de onere probandi convenit; quibus efficitur & ei, qui dicit, incumbere probationem, non ei, qui negat. *L. 2. D. de probat.* & factum negantis per rerum naturam nullam eſſe probationem. *L. actor, ſupra de prob.* Hoc poſito quæritur, quomodo recte & facile debitor ſolutionem probet: de quo ſunt hæc reſcripta duo.

Ex † extra teſtes, quibus maxime res 3
probari ſolent, *L. ult. ſupra de prob.* duo

Digitized by Google

duo pecuniæ solutæ probationem continent: professio acceptæ pecuniæ instrumento collata, quæ uno verbo a nostris auctoribus dicitur apocha, *L. qui tabulas, §. ult. supra de furt.* & præterea chirographum a creditore debitori redditum. Professio creditoris adversus ipsum probationem habet, quia æquissimum putatur unumquemque confessioni suæ stare, & quod idem est, fidem unicuique adversus se haberi debere. *L. generaliter, supra de non num. pec. L. de ætate. §. 1. D. de interro. in iur. fac.*

4 Sed † cur additur hoc loco, *collata instrumento?* Non sane quia creditori sine scripto extra iudicium profitenti sibi pecuniam solutam esse, ea confessio adversus eum fidem non faciat. Nam si debitor extra iudicium se debere verbis professus, confessioni suæ stare cogitur. *L. generaliter, in fin. sup. de non num. pec. auth. rogati, supr. de testib.* ubi tamen confessio spectat ad eum obligandum: quanto magis creditor extra iudicium sibi solutum esse verbis professus, confessioni suæ stare cogendus est, ubi professio confertur ad reum liberandum? Scimus enim proniores nos esse debere ad liberandum, quam ad obligandum. *L. Arrianus, D. de obl. & act. L. favorabiliores, D. de reg. iur.* Cur additum igitur de instrumento? Non ad excludendam professionem verbis tantum testatam; sed ad discrimen indicandum, quod esset inter apocham creditoris debitori datam, & chirographum ipsius debitoris illi redditum: de quo discrimine debitrix laborabat. Constabat debitorem liberari tacito pacto, si creditor ei chirographum suum reddidisset, *L. 2. D. de pact.* Forte id non fecerat creditor, sed instrumento liberationis, idest apocha, professus erat sibi pecuniam esse solutam. Huic instrumento non satis fidens debitrix laborabat, ut etiam chirographum suum sibi redderetur: quærebatque, num satis superiore instrumento esset sibi cautum ad liberationem. Et rescriptum est, non modo id eandem probationem habere, atque chirographum redditum, sed etiam maiorem: ut hoc instrumento accepto de probatione liberationis suæ laborare non debeat. Hactenus † tamen professio pecuniæ solutæ 5 quamvis instrumento testata fidem facit ex constitutione Iustiniani, dum triginta dies excesserint. Alioqui intra eos dies datur creditori exceptio non numeratæ pecuniæ. *L. in contractibus, §. super, supra, de non num. pec.* Quod † attinet ad chiro- 6 graphum a debitore receptum id eandem fidem liberationis facit: sed hac conditione, si a creditore sit redditum *d. L. 2. D. de pact.* Quod si ab alio redditum erit, aut aliter receptum, quam voluntate creditoris: nihil possessio chirographi prodest debitori ad liberationem, aut soluti probationem, ut significatur in *L. quod debitori, sequen.* Sed uter probare debebit? Intelligimus ex eodem rescripto, debitorem probare debere chirographum sibi a creditore redditum. Alioqui satis esse creditori ad vincendum, si dicat sua voluntate redditum non esse; quoniam illic scribitur creditorem vincere debere, si obligationem probaverit: & præterea debitorem pro huiusmodi facto (intellige redditi chirographi) liberationem minime consecutum.

Ad L. Eum a quo. 16.

Iidem AA. & CC. Charidemo.

Eum, a quo mutuam sumpsisti pecuniam, in solutum nolentem suscipere nomen debitoris tui compelli iuris ratio non permittit.

Ad Auth. *Hoc nisi.*

Hoc, nisi debitor in pecunia, vel alia re mobili solvere nequeat: tunc enim res immobilis, quam debitor habet meliorem, solvi potest, facta per iudicem subtili eius caussæ æstimatione: ut rem prædictam & debitori solvere, & creditori liceat petere, præstanda creditori cautela de evictione, quæ debitori possibilis sit: quod est in omni actione. At si creditor paratus sit emptorem rei præstare, oportet debitorem cautela iudicis arbitrio creditori præbita, rem tunc distrahere, ut satisfiat creditori.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Manifesti. 17.

Iidem AA. & CC. Cassio.

Manifesti iuris est, tam alio pro debitore solvente, quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis, tolli paratam obligationem. S. Kalend. Dec. Sirmii. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Aliud volenti solutum ita debitorem liberare, ut creditor nec quod accepit, possit reddere, nec si plus debebatur, quod amplius est, possit petere.*
2. *Aliud pro alio semel solutum, amplius revocari non posse.*
3. *Lucrum ex ea re factum multo minus creditori avocari.*
4. *Aliud pro alio invito creditore solvi posse, si quod debetur, solvi a debitore non potest; & quibus in caussis non posse existimetur.*
5. *Aliud pro alio solvi posse, si debitor huius rei potestatem, unde oportet, acceperit, & unde hæc potestas.*
6. *A lege potestas, quando.*
7. *A testatore, quando.*
8. *A conventione, quando.*

HIs locis explicatur locus ille, quid solvendo debitor liberetur. Statuuntur autem hic sententiæ duæ. † Una est, 1
aliud pro alio volente creditore recte solvi. *L. manifesti, hic.* Cui hæc sunt consequentia. Primum illud: liberari debitorem non secus, quam si id, quod debetur, solutum esset. *L. si quis aliam, D. eod.* Quæ res facit, ut quanvis postea creditorem pœniteat, quanvis res pereat; aut exstet quidem, sed minoris sit, quam debeatur: tamen nec si quid amplius est, a debitore possit petere. Id enim fieret, si debitor nihil debuisset: cœpit autem nihil debere, posteaquam liberatus est.

2 Deinde † & hoc consequens in creditore, sic ea solutione dominium rei solutæ in eum transferri, ut nunquam possit debitor postea ex pœnitentia eam rem avocare: *L. successores, sup. hoc tit.* scilicet quia quod nostrum esse cœpit, id nobis invitis ad alium transferri non potest. *L. id quod nostrum, D. de reg. iur.*
3 Efficitur † & illud, si creditor rem multo meliorem fecerit, sive etiam vendiderit multo pluris, quam illi debebatur, hanc industriam, atque hunc eventum ipsi prodesse debere, non debitori *L. pen. hic.* Optima ratione: quia si res soluta periret, creditori eidemque domino suo periret. *L. pignus, sup. de pig. act.* Hoc autem secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *L. secundum, D. de reg. iur.*

Altera sententia est superiori contraria, aliud pro alio invito creditori solvi non posse, *L. eum a quo, hic.* Sententia diserta expressa in *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Sed hæc duas has exceptiones habet summas: unam, nisi id quod debetur, in ea caussa sit, ut a debitore præstari non possit; alteram, nisi debitor potestatem aliud solvendi aliunde acceperit, de quibus videamus.

Si † quod debetur, solvi non potest, 4
necessitas eo rem deducit, ut aliud solvi debeat, si creditori satisfactum volumus. Sed an non possit debitor præstare, variæ æstimatur: variæ enim caussæ sunt, cur præstare non possit, ex quibus omnibus placet eum audiendum esse, si aliud offerat. Interdum res debita periit. Hic nulla dubitatio est, quin aut nihil a debitore præstari debeat, aut si quid debet, debeat æstimationem. Id vero ita fieri traditur in *L. in re furtiva, D. de cond. fur.* & *L. qui restituere, D. de rei vind.* Interdum res debita per rerum naturam præstari potest, sed non potest debitor præstare propter inopiam, quia solvendo non est. Hic permissum est inopi debitori speciem unam aliquam ex rebus suis creditori pro debito offerre, dummodo offerat optimam: hoc in *auth. hoc nisi*, quæ sequitur. Interdum res a debitore præstari potest, quoniam & exstat & est in potestate debitoris; sed eam debitor honeste præstare non potest, ut accidit, si ab herede legatus sit eius pater, aut mater, aut filii naturales. Hos heres si in potestate habet, potius pro officio manumittere debeat; si non manumittat, aut etiamsi det in alterius potestatem, non tam inhumane, quam contra officium pietatis faciat: proinde nec facere id posse existimandus est. *L. si filius, D. de cond. inst.* Merito igitur

tur placuit in hac specie audiendum esse heredem debitorem, si pro his æstimationem legatario offerat. *L. si dominus, §. qui confitetur, D. de legat.* 1. Interdum etiam honeste res a debitore potest præstari, sed non sine magno eius incommodo: veluti si res aliena debeatur, quam dominus aut non vendat, aut magno vendat. Hic quoque visum est iustam esse caussam, cur audiatur debitor æstimationem offerendo: quasi nec possit præstare quod sine magno incommodo & iniuria sua non potest, ubi ex ea re nihil commodi ad creditorem redeat. Et hoc quoque scriptum est in *d. L. si domus, §. qui confitetur*. Quod si res erit in potestate debitoris, quam & ipse præstare possit non inhoneste, nunquam audiendus est, si aliud
5 pro alio, quod debet, offerat. Sed † & hic altera exceptio est, nisi huius rei potestatem inde accipiat, unde ei potestas hæc tribui potest. Tribuitur autem potestas aliud solvendi interdum a testatore in re legata, nonnunquam etiam contrahentium conventione.

6 A lege † hæc potestas tribuitur in noxali actione, quæ adversus dominos competit ex maleficio servorum. Nam ex hac caussa nihil amplius a dominis debetur, quam damni & maleficii æstimatio; & tamen dominus servum noxæ dedendo, si velit, liberatur. *L. si servus, 7. D. de nox. act. Inst. eod. tit.* Sed ideo: quia hæc potestas a lege accipitur, ut scriptum est in *L. miles, §. 1. D. de re iud.* Quod eo pertinet: ut intelligatur definitionem superiorem iuris nihil obesse, cum dicimus aliud pro alio solvi non posse invito
7 creditore. A † testatore hæc eadem potestas accipitur in huiusmodi legatis. Heres meus penum dato; si penum non dederit, decem dato. Placet in hac specie, simul atque heres penum dare potuit, neque dedit, sola decem incipere deberi, non penum; & tamen in eadem specie placet, quanvis heres penum non debeat, penum in solutione esse, idest, heredem si penum offerat, liberari. *L. 1. D. de penu. leg. L. 1. §. item si ita, D. ad L. Falcid. L. cum fine, D. quand. di. legat. ced.* Ex quo apparet hic pro eo, quod debetur, recte aliud solvi, quod non debebatur, idque etiam invito creditori. Sed hoc eo fit: quia hanc potestatem heres a testatore accepit. Cum enim penus ab initio legata est, simul potestas data est heredi penum dandi: hæc potestas semel data heredi ante litem contestatam non adimitur, quanvis penum debere desinat.

Idem † existimandum est fieri contrahentium conventione, cum similiter penus 8
promissa est, & nisi promissor penum daret, promisit decem ita, ut hæc sola deberentur *L. stipulatus, in fin. D. de ver. obl.* Idem etiam probandum est in faciendi obligationibus: veluti, si quis promiserit se insulam ædificaturum, ubi receptum est, posteaquam transierit tempus, intra quod insula ædificari potuit, non iam factum deberi, sed pecuniam, idest, quanti stipulatoris interest, insulam suo tempore ædificatam esse. *L. stipulationes non dividuntur, ver. Celsus, D. de verbor. obligat.* Et tamen in hoc genere placet promissorem ante litem contestatam insulam ædificantem liberari. *L. si insulam, D. de verbor. obligat.* Ergo liberari placet præstantem aliud quam debebat, pecuniam enim debere cœperat. Quomodo igitur, quæret aliquis, liberatur aliud pro alio invito creditori solvens, contra aut certe præter superiorem regulam iuris? Intelligemus hanc esse caussam, quod promissor insulæ ædificandæ potestatem ab initio ex conditione stipulationis acceperit: licuit enim ei ab initio insulam ædificare. Hanc potestatem nulla cessatione sua amittit. Simile est, quod dicitur, alii quam creditori invito creditore solvi non posse. *L. invito, supra.* Nam & hoc nihilominus sic accipimus, nisi debitor potestatem alii solvendi ex conditione stipulationis ab initio acceperit: ut fit, cum promisit se stipulatori aut Titio daturum. Nam Titio revera nihil debetur, & tamen Titio invito stipulatore recte solvit, nimirum ex conditione stipulationis, *L. vero, D. hoc tit.*

Ad L.

Ad L. Inquisitio. 18.

Iidem AA. & CC. Domitio.

Inquisitio veritatis tolli non potuit, quod chirographa, quae fecerat procurator tuus, recepta, tibique restituta ab ipsius herede proponas cum subscriptione procuratoris significante, quod nihil creditoribus debeatur: cum nihil prohibeat, & creditoribus satisfactum esse, & non vestrae pecuniae, sed ipsius, cui negotium gerendum mandaverat, processisse solutionem. S. Idus Febr. CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Chirographum a creditore redditum procuratori, & rursum a procuratore debitori, nihil aliud arguere, quam liberatum debitorem a creditore, non a procuratore.*
2. *Subscriptum a procuratore chirographo reddito, creditoribus nihil deberi, ad procuratorem ipsum non pertinere, si solverit de suo, & ita creditor debitoris, pro quo solvit, esse coeperit, & cur.*
3. *Falsum esse vulgare illud, oratione generali instrumenti non contineri eum, qui scribit.*

HOc dicit: cum procurator debitoris solvit creditoribus, & ab bis postquam chirographa recepit, receptis subscripsit, creditoribus nihil deberi; deinde aut ipse, aut heres eius ea debitori restituit: non idcirco hæc argumento sunt, satisfactum esse creditori de pecunia procuratoris. Quapropter si heres procuratoris pecuniam a debitore repetet, tanquam a procuratore eodemque decessore suo solutam, non ideo tolletur veritatis inquisitio, ut hic scriptum est. Quæ verba hanc significationem habent: in re dubia non statim fides habebitur heredi procuratoris dicenti procuratorem de sua pecunia solvisse creditori. Sed tamen si paratus sit id probare: audiendus est, & veritati locus superetit. Duo hic faciebant, cur videretur a debitore hæc pecunia repeti non posse, unde controversia. Primum quod illic chirographa reddita essent, chirographum autem a creditore redditum debitori probationem continet debitoris liberati. *L. pecuniae, supr. L. 2. D. de pact.* Deinde quod procurator ipse de liberato debitore ultro professus esset. Quibus moveri
1 non oportet. Chirographum debitori † redditum debitorem liberatum arguere verum est; sed liberatum a creditore, cui pecuniam chirographo comprehensam debuit, non item a procuratore, qui chirographum reddidit. Videndum est enim, qua mente isti chirographum reddant: quorum propositum liberationem distinguit. Creditor reddit, ut declaret debitorem a se liberatum, alioqui inutiliter redditurus. Procurator a creditore acceptum reddit debitori hac ipsa de caussa, ut declaret a creditore liberatum, non etiam a se; cum eo chirographo nihil tanquam procuratori debitum caveretur, quod chirographi redditione remitti ab illo oporterer. Quare nihil inde contra procuratorem colligi potest, quasi eo facto debitorem a se ulla ex caussa privata liberarit: cum nihil prohibeat eum reddere hoc chirographum, ut debitori consultum sit adversus creditorem, & nihilominus suas actiones proprias manere velle. *L. neque, supra de prob.* Neque vero factum cuiusquam, præterquam quod ei propositum fuit, debet alio produci, & ut vulgo dicitur, actus agentium non debent ultra eorum intentionem operari. *L. non omnis, D. si cert. pet.*
Quod † autem procurator chirographo subscripsit nibil creditoribus deberi, probabilius dici potest, hanc subscriptionem procuratori nocere debere. Nam aut inter creditores debitoris hic procurator erat, aut non erat. Si non erat, nihil est, quod a debitore repetat. Sin erat, verba confessionis eius eum excludunt. Professus est enim creditoribus nihil deberi, & ipse creditor est: ac ius facit, ut quisque confessioni suæ stare debeat: *L. generaliter, supr. de non num. pec.* Sed negandum est his verbis, *creditoribus nihil deberi*, contineri procuratorem. Esto enim, generalis sit hæc oratio, *creditoribus nihil deberi:* nunquam tamen generalis oratio intelligitur ad alia pertinere, quam ad ea, de quibus prius specialiter actum est. *L. si de certa, supra, de transact.* In chirographis autem, in quibus erat hæc sub- 2

ſcriptio, non agebatur de procuratore, ſed de iis creditoribus, ad quos chirographa pertinebant. Proinde & cum creditores illic nominantur, eius loci creditores intelligendi ſunt. Eſt † autem ineptum, quod ad explicandam huius loci difficultatem vulgo hic affertur, in quam ſententiam etiam vulgo hic locus allegari ſolet: nempe oratione generali non contineri eum, qui ſcribit. Cur quæſo, ſi verbis orationis ſcriptor continetur, & nihil aliunde adfertur de ſcribentis ſententia? Et certe contra probatur in *L. fideiuſſor*, *§. 1. D, de pig.*

Ad L. Si Actore, 19.

Eadem ſententia, quæ *L.* 4. *ſupra*,

Ad L, Si operas. 20,

Iidem AA, & CC. Eucrati,

Si operas certi ſervi pro pecunia ſumpta ſibi in debitum compenſare placuit creditori: his ſecundum conventionis fidem præſtitis de mancipio reſtituendo pacti tenor ſervari debet. *S. V, Kal. Nov, Hadrianop. CC, Coſſ.*

Debitor pro eo, quod debebat, creditori ſervum dedit, ut eius operis uteretur, quoad tantum percepiſſet operarum, quantum ſufficeret ad id efficiendum, quod debebatur: conveniţque, ut eo percepto ſervus reſtitueretur. Placet, ubi tantum perceperit creditor, quantum debebatur, primum liberatum eſſe debitorem, *iuxta L. manifeſti, ſupr.* deinde ſervum ex pacto repeti poſſe. Nam id pactum eſſe ſervandum, *L. legem*, *ſup. de pact.* Eſt autem in eam rem actio in factum, ſeu præſcriptis verbis; quoniam pactio nuda non eſt, ſed debitor fecit, ut creditor faceret; dedit ſervum fruendum, ut cum creditor fructum percepiſſet certi temporis, ſervum redderet. *d, L. legem*, *L. ſolent*, *D. de praſ. ver.*

Ad L, Intereſt, 21,

Vide, quæ diximus ad *L, ſi inter*, 6. *ſupr*,

Ad, L, Inductum. 22,

Vide *L, pecuniæ*, 14. *ſupra*,

Ad L, Si literarum, 23,

Et hic locus expoſitus eſt ad *L. ſi inter*, 6. *ſupr.*

Ad, L, Penult, & Ult,

Hi loci expoſiti ſunt ad *L. cum*, 16. *ſupr.*

AD TITU-

AD TITULUM XLIV.
COD. DE ACCEPTILATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Acceptilatio quid.*
2. *Acceptilatione tolli obligationes ipso iure, sed solum verbis contractas.*
3. *Aquiliana stipulatio quid, & eius usus ad acceptilationem.*
4. *Acceptilationem inutilem pactum habere, nisi aliud actum probetur.*

1 ACceptilatio † est verborum conceptio, quibus creditor a debitore interrogatus, an quod promissum est, acceptum habeat, acceptum ferat: respondet, se habere acceptum, acceptum ferre: hæc illa sont solemnia verba, quæ nominantur in *L. 1. hic*. Definitio declaratur in *§. item per acceptilationem*, *Instit. quib. mod.*
2 *tol. oblig.* Acceptilatione † liberatur debitor, & quidem ipso iure, ita ut nulla amplius agendi via superfit creditori, ut declaratur *L. pen. ult. hic*. Sed hoc modo tolluntur duntaxat obligationes verbis contractæ; cæteræ nullo modo. *d. §. item, vers. quod genus*. Quod conveniens est regulæ iuris, qua efficitur quibus quidquid modis contractum est, iisdem in contrarium actis dissolvi. *L. nihil tam*, & *L. fere*, *D. de reg. iur.*
3 Enimvero † quod recta non possumus in cæteris obligationibus, id obliqua via consequimur. Nam inventa est stipulatio, in quam deducantur veteres obligationes & actiones cæteræ, tam in rem, quam in personam: quæ stipulatio dicitur ab auctore Aquiliana. Exstat formula *in d. §. item*. Hæc autem stipulatio interponitur novandi animo: ut scilicet novatione priores obligationes tollantur, & sola maneat nova obligatio stipulatione Aquiliana contracta, quæ deinde acceptilatione secuta perimatur. Hinc est, quod novationis fit mentio in hac stipulatione interponenda in *L. 2. hic*. Hinc etiam, quod cum de acceptilatione agitur, tam multis locis coniunguntur hæc, Aquiliana stipulatio, & acceptilatio secuta. *L. ult. hic*, *L. ut responsum*, *L. ubi sup. de transact.* *L. 2. L. cum Aquiliana*, *D. de transact.*

Ex his apparet duas res acceptilationi obstare, si desint: solemnitatem verborum, & obligationem præcedentem, si ea aliter contracta sit, quam verbis, ad quam dissolvendam subiecta sit acceptilatio. Sed † quæcunque acceptilatio ex his caussis 4
iure summo est inutilis, eam hactenus utilem esse placet, ut debitor pacto liberetur, quia inutilis stipulatio pactum habeat. *L. si unus*, *§. ult. D. de pact.* *L. an inutilis*, *D. hoc tit.* Sed & hoc ita, nisi aperte constet non fuisse creditorem hoc animo, ut pacisceretur, ut est in *d. L. an inutilis*. Utrum debitor acceptilatione liberetur, an pacto, hoc interest, quod acceptilatione vetus obligatio & actio penitus tollitur: pacto non tollitur, sed infirmatur per acceptilationem. *§. preterea*, *Inst. de excep.* Quem id effectum habeat, & quam conveniat ista distingui, refragante, ut videtur, regula iuris, *L. nihil interest*, *D. de reg. iur.* require ex *L. creditori*. *5. sup. de pact.* ubi pluribus quale hoc ius esset, exposui.

Ad L. Iam. 1.

Imp. Antoninus A. Apronio.

Iam tibi scripsi, posse apud iudicem quæri, an solemnibus verbis tutoris auctoritate interveniente, soror tua acceptilatione debitorem suum liberaverit. Quare si in repetenda pecunia, quam exsolvit, diversa pars perseveraverit: uteris defensionibus competentibus PP. III. Id. Feb. Duob. & Aspris Coss.

PUpilla a debitore suo pecuniam accepit ea lege, ut debitorem per acceptilationem liberaret: quem deinde liberavit, auctoritate tutoris interposita. Ea decef-

decessit fratre herede relicto, qui nunc consulit Imperatorem. Ab eo fratre debitor pecuniam a se solutam repetebat tanquam ob caussam datam caussa non secuta, quod diceret se dedisse, ut liberaretur per acceptilationem: se autem liberatum non esse, cum minor possit in integrum restitui: nemo autem videatur vetere actione exclusus, quem prætor in integrum restituturum se pollicetur. *L. nemo, D. de in integ. restitut.* Consultus Antoninus rescripsit, debitorem pecuniam repetere non posse, si modo sit liberatus solemnibus verbis, & accesserit auctoritas tutoris. Et recte: hæc enim sufficiunt ad debitorem liberandum. Nec debet in proposito metuere debitor restitutionem: quia, ut minor, aut heres eius restituatur, non est satis minorem esse, sed etiam læsum esse oportet. Hic autem minor læsa non est, quæ pecuniam debitam accepit. Atque hæ sunt defensiones competentes, quæ hic commemorantur, & quibus dicitur fratrem pupillæ heredem usurum esse.

Ad L. 2. & L. ult.

Exposui initio huius tituli.

AD TITULUM XLV.

COD. DE EVICTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Venditorem ob evictionem rei venditæ teneri iudicio empti.*
2. *Evincere quid.* *Non evinci rem, quæ emptori non aufertur, quamvis constet alienam, aut pignori obligatam. ibidem.*
3. *Non evinci rem, nisi quæ aufertur iudicio.*
4. *Non evinci rem, quæ aufertur iudicio emptoris culpa, aut iniuria iudicis.*
5. *Evictio in summa quibus rebus contineatur.*
6. *Evictionis nomine quæ actio, cui, in quem, cuius rei gratia.*

1 Quæstio de evictionibus hinc nascitur. Sic † ius est de obligatione venditoris, venditorem rem venditam tradere debere, & insuper evictionis nomine obligari: idest, si res vendita evicta erit, teneri eum emptori, ut evictionem, idest, evictionis periculum & damnum præstet. Hoc ius traditur in *L. ex empto, in pr. D. de act. empt.* item, in *L. 6. inf. hic.* Ut vel hinc liquido appareat, hanc obligationem partem esse obligationis empti & venditi, & ad eam partem iuris debere referri. Hoc iure posito quæritur de evictione, ac primum quando res evicta intelligatur. Quæstio in eo est, quid sit evincere, & quibus rebus evictio contineatur.

2 Evincere † est rem iure iudicioque possessori auferre. Est, *auferre*, ut intelligamus, quantumvis res vendita aliena sit, aut pignori obligata, idque constet: tamen emptorem adversus venditorem regressum non habere rei venditæ nomine, quandiu res illi ablata non erit, seu quandiu illi rem venditam habere licebit sine cuiusquam interpellatione; scilicet quia non est evicta, quæ ablata non est. *L. habere, D. eod. L. 3. hic.* Hoc autem indicat particula e, in verbo *evincere*. Hæc enim particula motum significat, ut sit evincere, ita vincere, ut ea victoria aliquid a victo in adversarium transferatur. Est † *auferre iudicio*, ut intelligamus, si quoquomodo res perierit emptori, 3
aut etiam ablata sit aliter, quam iudicio, evictam non videri: ac proinde eius rei periculum a venditore non præstari. *L. si servus, 21. in princ.* illic, *quanvis*, D. eod. *L. atqui, §. omne, D. de neg. gest.* Hæc quoque sententia verbo vincendi efficitur. Nam victoria certamen præcedens significat. Duplex autem certatio est inter aliquos, una quæ fit vi; altera quæ iudicio. Prior omni iure prohibita: posterior iusta & legitima. *L. exstat, D. quod met. caus.* Iure autem vincere cum dicimus, verbo iuris legitimam certationem & legitimam victoriam intelligimus. Est † *auferre iudicio & iure:* quod & ipsum vincendi verbum significat. Is enim 4
vincit, qui ratione vincit. Hoc eo pertinet, ut intelligatur re vendita iudicio evi-

cta,

cta, sic evictionem præstari a venditore: si ob id res evicta sit, quia esset actoris, aut esset ei pignori obligata: cæterum si res aut culpa emptoris evicta sit, aut evicta iniuria iudicis: his rebus effici, ut venditor evictionis nomine non teneatur. De culpa emptoris est in *L. emptor, infr.* de iniuria iudicis est in *L. si non iniuria, infr.*
5 *& d. L. emptor, in fin. eod.* Quæ † si ita sunt, apparet evictionem tribus his rebus contineri. Primum, ut res vendita emptori ablata sit. Tum, ut iudicio ablata, & controversia mota. Postremo ut ablata neque culpa emptoris, neque iudicis iniuria, sed tantum ob id, quod res esset petitoris aut illi pignori obligata. Quorum aliquid si deest, emptor adversus venditorem de evictione regressum non habet, omnibus his concurrentibus habet. Quo † constituto, quæritur deinceps, quæ 6
in eam rem sit emptori actio, cui detur, in quem, & cuius rei gratia, de quo multis rescriptis hoc titulo agitur: sed summa indicatur in *L. si tibi, 26. infr.*

Ad L. Emptor. 1.

Impp. Severus & Antoninus AA. Munitio.

Emptor hereditatis rem a possessoribus sumptu ac periculo suo persequi debet. Evictio quoque non præstatur in singulis rebus, cum hereditatem iure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit. PP. VI. Kal. Martii. Severo A. III. & Victorino Coss.

SUMMARIA.

1. *Venditorem hereditatis res hereditarias, quæ ab aliis possidentur, nec persequi debere, & multo minus suo sumptu, & cur.*
2. *Solum in hoc teneri, ut cedat actiones suas periculo emptoris.*
3. *Rebus hereditariis singulis evictis venditorem ob evictionem non teneri, & cur.*
4. *Probandum idem, etsi res omnes hereditariæ sint evictæ.*
5. *Universitate qualibet vendita, ut grege, armento, peculio, idem ius esse rebus singulis ex ea universitate evictis.*
6. *Qui affirmavit res aliquas esse hereditarias, eum de evictione earum rerum teneri, quasi ita convenisset.*

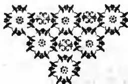
1 Venditor hereditatis † res hereditarias, quæ ab aliis possessoribus tenentur, suo sumptu persequi non debet, sive eas nondum tradiderit, sive tradiderit, & exciderit emptor earum possessione, & quidem sine culpa sua. Quod hic satis aperte significatur initio, dum statuitur, emptorem hereditatis id ipsum sumptu & periculo suo facere debere. Hic statim occurritur ex eo iure, quod de rebus venditis constitutum est: quo efficitur venditorem rem venditam tradere debere, ac nisi tradat, in id quod interest emptoris, teneri. *L. 1. in pr. L. ex empto. in pr. D. de act. empt.* Dicendum est, vendita hereditate id ius ad res hereditarias non pertinere.

Nam res hereditariæ non sunt hereditas. *Inst. de reb. corp. & incorp.* idque est, quod pro ratione subiicitur in rescripto, *cum hereditatem iure venisse constet.* Hæreditatem, dictum, ut ex conditione rei incorporalis intelligeremus, hereditatem venditam esse, non res singulas, ut dixi: proinde & hereditatem præstari necesse esse, non etiam oportere res singulas. Imo & res singulas hereditarias tradere venditorem debere, diserte scriptum est in *L. qui filiifam. D. de her. vel act. vend.* Quod si debet, etiam debet persequi suo sumptu. Nam nisi prius eas consecutus erit: tradere emptori non potest. Sed quod illic dicitur, sic interpretandum est: si modo venditor res hereditarias habeat in sua potestate, aut dolo fecerit, quominus haberet. Nam is locus, & similes referri debent ad eam definitionem, quæ est in *L. 2. §. non tantum, D. de her. vel act. vend.* ex qua etiam pendet huius rescripti ratio: nempe venditorem hereditatis emptori præstare debere id, quod ad ipsum pervenit ex hereditate, aut dolo fecit, quo minus perveniret. Cui congruit, ut si ipse habeat res hereditarias, eas & tradere debeat.

Sin † neque habeat, neque habere po- 2
tuerit, nihil amplius debeat præstare emptori, quam actiones suas, ut significatur in *d. L. qui filiifamilias, in pr. de her. vel act. vend.* Quod si verum est, venditor actionibus suis emptori cessis liberatur:

tur: sic enim præstat, quod debuit, *L. 51. D. de pec.* Et quia liberatur, idcirco res amplius persequi non debet, quod si non debet simpliciter persequi, multo minus debet suo sumptu. Ita fit, quod hic dicitur initio, ut emptor hereditatis res singulas a possessoribus sumptu suo persequi debeat, siquidem velit eas habere. Additur eum persequi debere, & periculo suo. Quod hanc significationem habet: quanvis eas res non consequatur a possessoribus, tamen eo nomine adversus venditorem hereditatis actionem non habet, neque de pretio earum rerum, neque de
3 sumptibus in litem factis. Ut † autem venditor hereditatis res singulas hereditarias emptori tradere non debet: ita non dissimili ratione efficitur, quod subiicitur, ut evictio quoque non præstetur ab eo in rebus singulis: idest, ut rebus emptori traditis, quæ erant, aut putabantur hereditariæ, si hæ emptori evincantur, venditor evictionis periculum non præstet. Sic enim ius esse diximus de evictione, ut venditor teneatur ob evictionem, sed his conditionibus: si evicta sit res vendita, & evicta non iniuria iudicis. Atqui res singulæ hæreditariæ non sunt venditæ, sed hereditas, quæ ratio hoc quoque loco in hanc partem redditur: *cum constet*, *ait rescriptum*, *hereditatem iure venisse*. Sed finge venisse res singulas. Tamen illud constabit non venisse, nisi hereditarias. Atque hac ratione nunquam præstabit venditor evictionem rei evictæ. Vis enim non esse hereditariam? non debetur eius evictio: quia non est vendita. Vis hereditariam esse? tamen ideo non debebitur: quia necesse est hoc modo evictam esse iniuria iudicis; quo casu negamus evictionem præstari. Hic autem emptorem iniuriam a iudice passum esse sic facile intelligetur. Nam si hereditaria fuit, heres eius rei dominus factus est. *L. cum heredes*, *D. de acq. poss.* Si dominus: res emptori tradita, simul in eum dominium transtulit. *§. per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Emptori domino res sine iniuria avocari non potest. *L. id quod nostrum*, *D. de reg. iur.* Adeoque verum † est, evi- 4
ctionem rerum singularum a venditore hereditatis non præstari: ut probandum sit, quod Ioannes vetus interpres putavit, ne sic quidem ab eo præstari debere, quanvis res omnes hereditariæ, aut quæ hereditariæ putabantur, sint evictæ. Nam & singulis rebus hereditariis omnibus evictis, nihilominus manet hereditas, quæ & vendita est, & præstatur: hereditas enim sine ullo corpore iuris intellectum habet. *L. hereditas*, *D. de petit. her.* idest, intelligitur ius esse etiam sine ullo corpore. Porro hereditas solum vendita est, non res singulæ. Hæc † sententia generalis est, 5
pertinens ad omnes universitates venditas: veluti, si peculium venditum sit, si grex, si armentum, & quid ex rebus singulis, quæ eius universitatis esse putabantur, evictum fuerit, quod declaratur exemplo peculii in *L. 5. D. eod. tit.*

In his semper conventio excipienda est, ut hic fit. Si convenit, ut venditor rerum singularum evictionem præstaret, conventio præstanda est: idque vel maxime ex iudicii empti & venditi natura, quod cum sit bonæ fidei, maxime conventorum veritatem desiderat. *L. ex empto*, *D. de act. empt.* Conventionis † species est, si 6
venditor de substantia hereditatis affirmavit: *L. nisi*, *D. hered. vel act. vend.* id est, si venditor dixit nominatim has & illas res esse hereditarias. Quare si postea hæ res evincantur, evictionem præstabit: quia ita affirmavit, ut præstaret: quippe propter eam affirmationem pluris vendidit. *L. sciendum §. 1. D. de ædil. ed. L. ea quæ*, *in princ. D. de cont. empt. & vend.*



Ad L.

Ad L. Quoniam. 2.

Iidem AA. Quartæ.

Quoniam avus tuus, cum prædia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex caussa stipulationis consistere ob evictionem prædiorum, pro portione scilicet hereditaria. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri certum est. PP. II. Kalend. Mart. Antonino A. 2. & Geta. II. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Donata re evicta donatorem evictionis nomine non teneri, & generaliter, quæ de præstationibus empti & venditi constituta sunt, ad res donatas non pertinere, & hoc quam recte.*
2. *Donatorem, qui sciens rem alienam donavit, re evicta teneri de dolo, sed tamen de sumptibus dumtaxat, quos donatarius in eam rem fecerit.*
3. *Actio de dolo, quæ adversus donatorem fraudulentum competit, quantum distet ab actione, quæ competit ob eius rei evictionem.*
4. *Donatorem evictionem rei donatæ præstare, si stipulatione caverit, se præstiturum, non si nudo pacto tantum convenerit.*
5. *Cum sine stipulatione paciscitur donator, se evictionem præstiturum, quamvis in donando id fecerit, nihilominus nudum pactum esse, quo non tenetur.*
6. *Non mutari hanc sententiam in* L. si quis argentum, §. penult. inf. de donat. *quia nec simile pactum sit de re pacto donata tradenda, vel si simile esset, lex ius vetus emendans producenda sit ad consequentias.*

1 Constitutio iuris certi est † diserte confirmata hoc loco: re donata donatario evicta, quod aliena donata esset, donatorem ei extra conventionem evictionis nomine non teneri. Ex quo intelligimus, quod de evictione præstanda constitutum est in venditione, id ad res donatas non pertinere: uti placet, nec cætera, quæ a venditore exiguntur. *L. ad res donatas, D. de æd. ed.* Ius æquissime constitutum. Nam aut donatarius rei evictæ pretium repetere volet a donatore, aut sumptus a se in eam rem factos, quos facturus non esset, si scivisset rem esse alienam. Pretium repetere non potest: quandoquidem hoc ei non abest, qui propter rem nihil in donatorem contulit: quod secus est in emptore, qui pro re vendita dedit pretium. Sumptus a se factos iustius videbatur repetere posse, quia alia caussa est damni, alia adventitii lucri. *L. non debet actori, §. 1. D. de reg. iur.* Sed & hos a donatore, qui nihil dolo fecit, repeti iniquum est. Neque enim donator liberalitatis suæ pœnam pati debet, ut est in *d. L. ad res donatas*, ductum ex hac æquitate naturæ, qua placet nulli officium suum debere esse damnosum. *L. sed si quis, D. testam. quem ap. L. si servus, §. quod vero, in fin. D. de fur.* Nihil tale dici potest de venditore, qui in re vendita præstanda non confert beneficium in emptorem, sed id præstat, quod iure obligationis præstare necesse habuit.

Sane † si quis sciens rem alienam esse, ignoranti donaverit, & sic res evincatur: habet deceptus de dolo actionem adversus donatorem, si quos sumptus in eam rem fecerit. *L. Aristo, §. ult. D. de donat.* Sed ne sic quidem efficitur, ut vel hoc casu donatario præstetur evictio. Quia enim de dolo actio est, non potest ei competere, nisi quatenus deceptus est a donatore. At non est deceptus in pretio & æstimatione rei donatæ. Non enim propter dolum æstimationem rei amisit; sed ideo, quia res aliena erat: idem passurus, etsi donator ignorans rem alienam donasset. Quare ne hoc quidem casu re evicta donatarius de æstimatione rei recte aget, cui in eam rem ne actio quidem de dolo competit. In eo fraudatur donatarius, si quos sumptus fecit in rem donatam: quos si rem alienam esse scisset, non esset facturus. Et hactenus erit ei de dolo actio, ut hos sumptus, & quidquid eo nomine illi abest, a donatore recuperet. dicta *L. Aristo, §. ult. D. de don.* 2

Sed † & hic vide, quantum distet hæc actio ad sumptus recipiendos ab ea actione, quæ ob evictionem competit in id, quod actoris interest. Quia hic de dolo actio est, hinc intelligimus, si donatarius dum res ab eo vindicatur, eos sumptus a petitore retinere potuit doli mali exceptione opposita, de his postea adversus donatorem agere non posse. Potest autem 3

tem eos sumptus, si utiles fuerint & si rem possidebat, servare a petitore, *L. sumptus, D. de rei vind.* Id si non fecit, doli actionem adversus donatorem non habebit.

Quisquis enim rem salvam habere potest ullo alio remedio, quam actione de dolo, placet eum actionem de dolo non habere, quanvis ad servandam exceptionem tantum habuerit, *L. 1. §. ait prætor, D. de dol.* Nec interest, utrum donatarius exceptionem adhuc habeat ad sumptus servandos, quos fecit, an vero eam amiserit sua culpa, ut hic contigit, *d. L. 1. §. pen. D. de dol.*

4 Una est ergo † conventio, quæ donatario re donata evicta actionem ob evictionem possit præstare. Sed hoc præstat non omnis: qua in re est distinctio huius rescripti: ut si quidem donator de evictione cavit donatario, teneatur eo nomine: si tantum convenit, ut præstaret, idque nudo pacto, non teneatur. Si cavit, sic interpretandum est ex significatione verbi usitata: si per stipulationem cavit, sive si stipulanti promisit se evictionem præstiturum. *L. sancimus, sup. de verb. sign.* Distinctio ex iure certo sumpta. Nam ex stipulatione iure civili actio nascitur, *§. de constituta, Inst. de act.* Ex pacto autem nudo non nascitur, *L. iurisgentium, §. sed cum nulla, §. quinimo, L. divisionis, D. de pact. L. legem, supr. de pact.* Tale est autem pactum, cum circa stipulationem donatarius pactus est sibi a donatore evictionem præstari. Id enim pactum non nudum dicitur, cum quis dedit, aut fecit quid ea lege & pacto interposito, ut vicissim sibi quid daretur, aut fieret. Contra ubi pactus est sibi quid dari, aut fieri, neque prius quidquam dedit, ant fecit ea lege, ut illud, de quo pactus est, sibi præstaretur, id pactum nudum dicitur, *d. L. legem, supr. de pact.* nudum, idest, solum: quod nihil habet ad obligationem contrahendam præter conventionem.

5 Huiusmodi, † inquam, pactum est, cum donatarius paciscitur sibi evictionem præstari, quanvis id paciscitur tunc, cum res ei donatur. Nam is nihil prius donavit, aut fecit donatori ea lege, ut sibi ea evictio præstaretur, sed contra a donatore accepit. Pactum igitur nudum est ex superiore definitione: ex quo genere iure civili non nascitur actio.

6 Hoc loco † quæsitum est, num hoc ius mutatum sit constitutione Iustiniani, *L. si quis argentum, §. pen. inf. de don.* quoniam illic constitutum est noviter a Iustiniano, ut ex solo pacto de donando obligetur donator in hoc ut rem tradat, quam se donare dixit, idque ad exemplum venditionis. Vulgo placet ea constitutione ab hoc rescripto recessum esse, & ex pacto solo vel de donando, vel de evictione rei donatæ præstanda donatorem æque teneri, atque si stipulatione cavisset. Mihi falsum videtur. Et constat huius sententiæ ratio. Necesse est enim, quod hic constitutum est, ex iure publico manere, nisi aperte & specialiter sublatum sit. *L. præcipimus, in fi. supr. de appell.* Non mutatur autem hoc ius superiore constitutione Iustiniani. Nam sic ille vult ex pacto de donando obligari donatorem: ut ubique nominatim adiiciat se velle ad hoc, ut donator rem tradat, quemadmodum in venditione venditorem tradere oporteret. Ex quo colligitur, si donator rem, de qua donanda pactus est, tradiderit donatario, legi Iustiniani satisfactum esse, eoque & donatorem liberari. Cui rursus consequens est, si postea res tradita evincatur, evictionem a donatore non debere præstari, quia nihil de eo cautum sit lege Iustiniani; & quia prius donator liberatus sit tradendo, ut diximus. Sed & hoc evidenter efficitur ex sententia eius constitutionis. Apparet enim Iustinianum voluisse, eum, qui pactus est de donando, ex hoc pacto teneri, ut ita rem tradat, uti traderet, si ultro donasset. Denique non vult ex hoc pacto donatorem amplius teneri, quam ut faciat, quod faceret, si sua sponte rem tradidisset. At omnibus interpretibus consentientibus si donator ultro sine pacto rem donaverit, & tradiderit, ea evicta non tenetur. Quare nec tunc tenebitur, cum ex pacto tradiderit. Nihil ad rem pertinet, quod Iustinianus voluit hoc pactum actionem parere, atque hoc modo pactum stipulationi comparari. Sane enim hic comparat: sed videndum est, quatenus: ne ultra, quam voluit, eius constitutionem producamus ad ius vetus emendandum. Dedit ex hoc pacto actionem tantum, ut res traderetur, non etiam ut ea re evicta præstaretur evictio. Quapropter & intra hos fines consistere debemus: nec de re evicta ex pacto actionem dabimus, de quo ille nihil cavit. At enim utrumque pactum alteri simile est; est enim utrumque de re donata: prius de tradenda; posterius de retinenda, & perpetuo habenda. Proinde & in hoc posteriore, dicet aliquis, ius idem statuendum, *L. illud, D. ad leg. Aquil.* Sed non est in utroque par ratio eius tuendi. Ut rem tradat donator ex pacto, nulla eius iniuria est, certe nulla pœna, sive res eius est,

est, sive est aliena, cum tradere possit, quam apud se habet. At re aliena forte donata si evicta sit, id agi pacto, ut id periculum donator præstet: hic vero eius damnum & pœna versatur: & iniquum est eo casu quemquam liberalitatis suæ pœnam pati. Hoc Modestinus de huiusmodi præstatione scribit in dicta *L. ad res donatas, D. de ed. ed.* Sed demus & pacti de re donata tradenda, & pacti de eius evictione præstanda eandem rationem & æquitatem esse. Non tamen istis concedendum est, quod de priore constitutum est ut valeat, idem quoque admittendum in posteriore. Prius enim admissum est a Iustiniano contra iuris communis de pactis rationem. Proinde certo iure utimur, ut non sit producendum ad consequentias; etiam in quibus videatur eadem ratio, *L. quod vero, D. de legib.* Postremo illud tenendum est, quod supra dixi, cum quid immutatur ex priore iure, si quid specialiter immutatum non sit, id veterum legum constitutionum regulis relinqui oportere, ut diserte cautum est in *d. L. præcipimus, in fin. supr. de app.*

Ad L. qui rem. 3.

Iidem AA. Aureliano.

Qui rem emit, & post possidet: quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena, vel obligata dicatur, convenire non potest. PP. VIII. Kal. Aug. Faustino & Rufino Coss.

SUMMARIA.

1. *Quandiu res vendita tradita emptori evicta non est, tandiu cum venditore nullam actionem esse, quamvis constet rem alienatam, aut pignori obligatam esse, idque esse perpetuum.*
2. *Quam varie consistere possit emptor adversus venditorem, etiam re nondum evicta: sed quam hoc nihil superiori sententiæ, quæ huius loci est, adversetur.*
3. *Venditorem rem venditam tradendo quanvis alienam liberari: cæteros debitores, qui rem debuerunt, nullo modo; & differentiæ ratio.*

1 Certi iuris est, re vendita † emptori evicta emptorem adversus venditorem evictionis nomine actionem habere, *L. 5. infr.* Quid si res nondum evicta sit; constet tamen aut alienam esse, aut pignori obligatam, aut hominem, qui venditus est, liberum esse, & in libertatem proclamare posse: denique rem venditam in ea caussa esse, ut emptori avocari possit? An emptor venditorem suum possit eo nomine convenire vel in id, quod sua interest rem perfecte suam factam esse, vel ut sibi pretium restituatur, quæritur. Constituitur hoc loco, non posse; idque est, quod in *L. ex empto, in prin. D. de actio. empt.* traditur, venditorem rem solum tradere debere: si tradiderit, quanvis alienam, ita liberari, ut tantum evictionis nomine obligetur. Nihil est hac sententia verius, neque rotundius. Multa colligit Accursius in glossa, quæ ipse pro contrariis citat: ad quæ explicanda hac ratione utitur, ut dicat ea certam rationem diversitatis habere. Non recte: non quod emptor adversus venditorem suum non possit multis de caussis consistere, etiam re nondum evicta; sed quod nihil eæ caussæ adversentur huic loco, utpote quæ omnes verbis huius rescripti satis removeantur. Nam in eo nihil otiose scriptum est. Id ut intelligatur, sic habendum est.

Emptor † venditorem suum etiam re 2 nondum evicta convenire potest, sed ob alias caussas, quam quod res aliena, aut pignori obligata sit, Rursum ob hanc ipsam caussam, quod res aliena est, aut pignori obligata, potest emptor consistere adversus venditorem suum; sed non ut petat sibi ab illo aliquid dari, vel restitui, sed ne ipse cogatur postea quid dare ei, aut ab eo accipere: quod excipiendo consequitur, non conveniendo. Convenire debitorem suum potest, sed re non tradita, ut sibi tradatur, *L. 1. in pr. D. de act. empt.* Quod si venditor alienam offerat, aut pignori obligatam, est in potestate emptoris non accipere: quod sit recusando non venditorem conveniendo. *L. 5. L. si post perfectam, infr. eod.* Nunc autem hoc rescriptum vetat, ne emptor conveniat venditorem. Item re tradita potest emptor petere a venditore, ut repromittat sibi rem habere licere. *L. ex empto, in pr. & §. venditorem etiam, D. de act. empt.* Hoc amplius potest petere, ut venditor eo nomine duplam, aut simplam repromittat pro ea distinctione, quæ legitur in *L. emptori, D. de evict.* Sed nihil hæc ad hunc locum. Non enim petitur hæc repromissio, quod res aliena sit,

sit, sed quod sine his non videatur tradita. Nam etsi res esset venditoris, tamen promittere cogeretur. Præterea si venditor sciens rem alienam ignoranti emptori vendidit & tradidit, placet statim emptorem agere posse adversus venditorem in id, quod sua interest. *L. 4. in pr. L. servus quem, §. ult. D. de act. empt.* Sed hoc non eo fit tantum, quia res aliena vendita est; sed quia emptor deceptus est: non acturus alioquin, si deceptus non esset, quantumvis res aliena esset vendita. Nihil est igitur verius, quam quod hic dicitur, re vendita tradita emptorem non posse agere adversus venditorem suum, non simpliciter; sed ob eam caussam, quod res aliena est, aut pignori obligata. In quo cum lex inhibeat tantum actionem adversus venditorem & eam ex superiore caussa: apparet, si emptori licet consistere adversus venditorem alio modo, quam agendo, & ob aliam caussam, quam supra scriptam: nihil his contrarium dici in hoc rescripto. Sane si convenerit inter emptorem & venditorem, & simulatque controversia mota erit de re vendita, liceat emptori adversus venditorem eo nomine agere: conventio servanda est, *L. sive in libertatem*, 12. *hic*. Sed ne hoc quidem huic loco adversatur, in quo respondetur de iis, quæ secundum naturam empti & venditi præstanda sunt, aut non sunt. Ea autem natura conventione mutari potest: nam contractus ex conventione legem accipiunt, *L. 1. §. si convenit, D. depos. L. contractus, D. de reg. iur.*

3 Illud † animadvertendum est, quod placet, re quanvis aliena aut pignori obligata tradita, non eo magis venditorem ab emptore conveniri posse, in venditore recte dici: ad cæteros debitores, qui rem aliquam præstare debeant, non pertinere. Liberatur venditor, quamvis rem alienam dando, propterea quod in hoc solum obligatur emptori, ut ei rem tradat, & ei habere licere præstet; quod fieri intelligitur, quandiu res vere emptori evicta non sit. dicta *L. ex empto in prin. & L. servus quem.* 30. *§. ult. D. de actio. empt.* Cæteri debitores, qui rem aliquam debuerunt, idest, qui debuerunt dare creditori suo vel ex stipulatu vel ex legati caussa, vel dotis, & similibus, in ea caussa sunt, ut si rem alienam aut pignori obligatam creditori suo solverint, denique eam quæ perfecte non fiat accipientis; placeat nullo modo eos liberari, sed creditori pristinam actionem manere, qua statim agere possit, ut sibi ea res, quæ debebatur, præstetur: *L. cum quis, §. qui hominem, D. de solut.* nimirum quia & hoc conditio obligationis facit. Nam dare est dominium transferre. *§. sic itaque, Instit. de act.* Unde qui promisit se fundum daturum, dicitur in id obligari, ut omnimodo rem faciat accipientis, *L. ubi autem, §. ult. D. de verb. oblig.* Non dat autem rem, aut dominium eius transfert, qui eam rem dat, quæ iure potest creditori avocari. Proinde debitor ita dando non præstat, quod debuit: ex quo etiam efficitur, ut non liberetur: quoniam tollitur quidem solutione obligatio, sed solutione eius, quod debetur, *Instit. quib. mod. tol. obl. in prin.*

Ad L. Si prædium. 4.

Imp. Antoninus A. Georgio.

Si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum, caussa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. PP. II. Kal. August. Duobus & Aspris Coss.

S U M M A R I A.

1. *Extra emptionem, aut si qui sunt contractus emptioni similes, actionem ob evictionem non esse.*
2. *Pignore in solutum dato cur non videatur contrahi emptio.*
3. *Re in solutum data emptionem contrahi videri, & hinc ea re evicta creditori esse actionem utilem ex empto ob evictionem,*
4. *Emptor ab eo, qui in solutum accepit, cur distinguatur.*
5. *Re in solutum data evicta veterem actionem creditori manere: sed nihilominus ei actionem utilem ex empto competere: & quid intersit, hac, an illa creditor experiatur.*

QUI centum debebat, prædium volenti creditori in solutum dedit. Id prædium cum aliis creditoribus obligatum esset: ab iis postea ei creditori, cui datum erat, iudicio evictum est. Quæsitum est, an is creditor prædio evicto actionem

Digitized by Google

nem habeat adversus debitorem ob evictionem in id, quod sua interest? Sed hanc quaestionem praecedit illa necessario: an cum debitor praedium creditori in solutum dedit, sublatum sit eo praedio pignus aliorum creditorum, an vero manserit?

Nam si mansit, iure ab illis evinci potest, & ita locus fieri actioni ob evictionem. Quod si sublatum est pignus ea alienatione, non potuerunt creditores, quibus obligatum erat, id praedium iure evincere. Quo fiet, ut si evincant, id contingat iniuria iudicis, non actorum iure. Iniuriam autem iudicis actor non praestat ei, cui rem tradidit, etiamsi tradiderit ex caussa emptionis. *L. si per imprudentiam, D. eod. L. emptor, infr. hic.* Quamobrem & de eo respondetur hic primo loco, ut sic deinde recto ordine perveniatur ad quaestionem de evictione. Placet ergo praedio in solutum dato, nihilominus caussam pignoris aliis creditoribus constituti integram manere: quod rescriptum est ex iure certo, quod est in *L. debitorem, L. distractis, supr. de pig. L. si debitor, supr. de distract. pign.* Ex quo intelligitur, si creditores postea praedium evincant, iure ab illis evictum videri: ac proinde nihil esse in alienatione debitoris, quod impediat actionem de evictione. Hoc posito, tamen adhuc dubitabitur, an creditor, cui praedium evictum est, possit agere ob eam evictionem adversus debitorem: nec abs re dubitatur. Nam si in proposito emptio contracta non est, creditor nullam actionem habet evictionis nomine. Primum, quia de eo nihil convenit inter debitorem & creditorem, cum praedium in solutum daretur. Deinde, quia etsi convenisset: tamen creditor ex ea conventione actionem non haberet. Est enim pactum nudum: quia nihil dedit, aut fecit creditor ea lege, ut sibi id praedium praestaretur, aut eius praedii evictio, ex pacto autem nudo actio non nascitur, *L. legem, supr. de pact.* Nihil enim dedisse debitori certum est. Nam debitor rem, quam debebat, prius ut suam habuit: neque aliam a creditore accepit; aut si accepit, accepit sine ullo pacto & constitutione.

1 Quibus † de caussis generaliter probatum est, extra emptionem, & si qui sunt contractus emptioni similes, actionem ob evictionem non esse, ut hoc rescripto satis declaratur, & *L. 1. iuncta L. 2. sup. de rer. permut.* quibus in locis de re in solutum data, aut permutata datur ob evictionem actio, solum hac ratione, quod hic negotia geruntur, quae vicem emptionis obtinent. Atqui † pignore in solutum 2 dato creditori, de qua specie nunc agitur, non videtur dici posse emptionem esse contractam. Non modo enim nihil dictum est de emptione, sed etiam aperte praedium in solutum datum est. Sed etsi rem & mentem contrahentium spectemus, idem dicemus. Nam qui dat in solutum creditori suo, id agit, ut negotium & obligationem praecedentem distrahat: contraria sunt autem, velle negotium distrahere, & velle contrahere. Quare qui in solutum dedit, non intelligitur contrahere voluisse, ac proinde non contraxit: collectio est *§. is quoque in fin. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Haec dubitatio est, quae movit aestimationem huius loci.

Et respondetur, † nihilominus creditori 3 utilem actionem adversus debitorem competere: Sed non adiicitur, quae actio, neque ad quid competat. Et actionem utilem intelligere debemus ex empto, quae in hoc genere solet competere, cum res in solutum data evicta est, ut diserte traditur in *L. eleganter, in pr. D. de pig. act.* Sed & hoc ex ratione huius rescripti satis colligitur, quae ad aliam sententiam confirmandam referri non potest. Est enim haec: nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet. Primum Alexander contractum nominat, deinde ait, *eum vicem venditionis obtinere*, ut hic quasi venditionem contractam intelligamus, unde sit illa actio utilis, quam nominat. Sed quomodo hic potest esse emptio, ubi & verba repugnant, & finis solventis, ut diximus? Emptio esse intelligitur ex iis rebus, quae interveniunt. Nam quoties pecunia pro re datur, toties emptio contrahi intelligitur, *L. naturalis, in princ.* illic, *& si quidem, D. de praes. verb.* Id autem fit in proposito. Non obstat, quod aperte pretium hic non dicitur: de quo tamen in emptione contrahenda convenire oportet *§. pretium, Inst. de contr. empt.* Satis enim pretium dicitur rei solutae, cum ea datur pro pecunia, quae debetur. Apparet namque rem tanti aestimari, quanta est summa, quae debetur: Sed tamen quia verbis aperte non contrahitur emptio, eo fit, ut non proprie emptio esse existimetur. Unde non datur directa actio ex empto, sed tantum utilis: quia scilicet contrahatur id negotium, quod obtinet vicem emptionis, utpote omnia habens, quae sunt emptionis propria. Nam quod supra diximus, debitorem praedium in solutum dando non id agere, ut contrahat, sed ut distrahat potius, utrunque verum est: debitorem praedium hoc in solutum dare & con-

contrahendæ emptionis caussa, & nihilominus præcedentis obligationis dissolvendæ. Præcipuus quidem eius finis est, ut liberetur obligatione: nam nisi solutum voluisset, non vendidisset prædium. Sed ut ad hunc finem perveniat, prius hoc ei propositum est, ut vendat: cum enim pecuniam non haberet, unde solveret: idcirco vendidit prædium creditori, ut pretium inde debitum cederet in eam pecuniam, quam debet, atque ita compensatione liberaretur. Recte ergo dicimus evicto eo prædio empti actionem utilem creditori competere ob eam evictionem. Quid † est
4 igitur, quod in *L. libera, in fin. supr. de sent. & inter.* aperte distinguitur emptor ab eo, qui in solutum accepit? Nempe hoc significat, hunc posteriorem non esse emptorem, ut est is, qui aperte emit: Quod & nos fatemur. Ideo enim non emptorem, sed quasi emptorem esse dicimus.
5 Et † quod illic dicitur, *cum ancilla in solutum data est, posse ea evicta debitum repeti*, sane hoc significat: & verum est, evicta re in solutum data, veterem actionem de debito manere. Sed ea res non facit, quominus etiam creditori competat utilis empti actio, ut est in *d. L. eleganter, D. de pign. act.* Utranque hanc creditori competere, non est otiosum. Re evicta expedit ei empti actionem potius habere. Est enim hæc multo, quam illa, plenior: quippe quæ detur in id, quod creditoris interest, prædium evictum non fuisse, *L. si tibi, infr. hic.* Quod sæpe pretium excedit, ut est in *L. 1. in pr. D. de act. empt.* In eo enim continetur, & quanto pluris res valuit: & præterea, quæ in rem emptam, ut melior fieret, erogata sunt, *L. si controversia, 9. L. cum successores, 23. infr. eod.* Rursum re nondum evicta, utile est actionem de eo, quod debebatur, adhuc salvam habere. Nam tum actio ex empto creditori nulla est, quæ tunc solum competit, cum res quæ tradita erat, evicta fuerat, non ante: quamvis constet rem alii pignori obligatam esse, ut superiore rescripto diximus. Actione autem vetere integra manente, cum res aliena aut pignori obligata in solutum data est, ut certe manet, *L. cum quis, §. qui hominem, D. de sol.* eveniet, ut ea agi possit etiam antequam res evincatur, si modo constet rem alienam, aut pignori obligatam datam esse. Et certe, etiam tum manere veterem actionem necesse est, si novatione non est sublata. Nullam enim hic solutionem esse convenit. Atqui nec novationem hic intervenisse ullam apparet.

Ad L. Ex his. 5.

Idem A. Petroniæ.

Ex his prædiis quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata, & necdum tibi tradita sunt: ex empto actione consequeris ut ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem, doli exceptionem opposueris. PP. XV. Kalend. Octob. Duobus & Aspris Coss.

S U M M A R I A.

1. *Re pignori obligata vendita posse emptorem adversus venditorem agere, ut pignus liberet re nondum tradita; semel autem ea tradita non posse: & cur hæc dissimiliter.*
2. *Re obligata marito æstimata data in dotem, posse maritum etiam re tradita agere, ut qui dedit, pignus luat aliter, atque in cæteris emptionibus: & differentiæ ratio.*

1 Cum res pignori obligata † vendita est, potest emptor adversus venditorem ex empto agere, ut pignus luat, sed hoc re vendita nondum tradita, ut hic nominatim adiectum est. Et recte: nam re tradita si deceptus emptor non esset, nullam adversus venditorem actionem eo nomine haberet: quoniam satis est emptori præstari rem habere licere. *L. servus quem, §. ult. D. de act. empt.* Nec est, quod quisquam putet, ideo deteriorem conditionem emptoris fieri re tradita, quam nondum tradita. Nam re nondum tradita ideo agit: quia res ex empto ei tradi debuit, neque tradita est, *L. 1. in pr. & L. ex empto, D. de act. empt.* Re autem semel tradita habet, quod ex empto illi debebatur. Solum enim hoc, ut dixi, præstari debuit, ut ei habere liceret. Adde, quod re emptori tradita non potest emptor consequi a venditore, ut pignus liberet, nisi agendo. At re nondum tradita,

dita, id consequitur a venditore rem recusando: agit namque in hoc, ut sibi res tradatur: quod potest, quia hæc erat obligatio empti. Quod si res liberata a pignore ei traditur, bene est. Sin obligata adhuc traditur, licet ei impune dicere, non accipiam, priusquam liberes, & ad hoc obtinendum defenditur doli mali exceptione.

2 Sed † in hac re controversiam facit. *L. creditor*, §. *prædium*, *D. de act. empt.* ubi re vendita tradita nihilominus datur emptori actio adversus venditorem, ut pignus luat. Proponitur eo loco pater filiæ nomine prædium æstimatum marito eius dedisse in dotem. In quo etsi videtur datio in dotem esse, non emptio, de qua nunc agimus; tamen revera emptio est: quotiescunque enim res alicui æstimata datur, æstimatio emptionem facit; & qui rem accipit, emptor est, qui tradit, venditor, ut qui pro re pretium rei traditæ accipiat. *L. plerumque*, §. *pen. D. de iur. dot.* Et tamen in ea specie respondetur, si prædium æstimatum deprehendatur obligatum esse: posse maritum statim adversus heredem patris, qui prædium dederat, agere, ut pignus luat, idest, liberet, contra quam significatur hoc loco, & rescriptum est in *d. L.* 3. *sup. eod.*

Hic respondendum est, quod est in *L. quoties*, *D. de iur. dot.* non simplicem hic emptionem esse, sed dotis caussa. Ea res facit, ut quoniam mulieri soluto matrimonio pretium prædii in dotem dati restituendum est, maritus statim agere possit, ut a pignore liberum prædium habeat. Non enim æquum est, eum soluto matrimonio pretium restituere, nisi prædium interim habeat pro pretio. At nisi iam nunc agat, ut pignus luatur: futurum, est, ut prædium non habeat, & tamen pretium debeat restituere. Sed si adversus eum, qui prædium dedit, aut heredem eius non licet agere, fieri potest, ut is desinat esse solvendo. Quod si fit, prædio quandoque evicto prædium illi perierit, quia eius æstimationem consequi non possit: non ab eo, qui dedit, cuius inopia inanem fecit actionem, *L. 6 D. de dolo*: non a muliere, quæ prædium non dedit. Et tamen nihilominus pretium soluto matrimonio restituere debeat. Dote enim ab extraneo data, aut promissa, si qua marito adversus eum de dote servanda fuit actio. & hic forte defectus sit facultatibus: imputatur marito, cur eum non convenerit, *L. si extraneus*, *D. de iur. dot* Et in superiore *L. creditor*, adversus extraneum agitur. Pater enim, a quo dos erat, iam decesserat, & filia hereditate patris se abstinuerat dote contenta. Cætera rescripti exposita sunt ad *L.* 3. *supr.*

Ad L. Non dubitatur. 6.

Imp. Alexander A. Octavio.

Non dubitatur, & si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem. PP. VIII. Id. Martii. Alexandro A. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Evicta re venditorem præstare debere evictionem emptori, quamvis de eo nihil aperte convenerit.*
2. *Scienti rem alienam, aut pignori obligatam vendi, evictionem non præstari.*
3. *De evictione præstanda si convenit, hanc emptori etiam scienti conditionem rei præstari.*
4. *Venditorem paciscentem de evictione non præstanda non teneri, si ignorans conditionem rei vendiderit: si sciens, conventionem nihil ei prodesse.*
5. *Etsi ignorans quis rem alienam vendidit, & convenit, ne evictionem præstaret; hactenus tamen eum re evicta teneri, ut saltem pretium restituat, dummodo & ignoranti vendiderit, & cur non obstet conventio.*
   L. ex empto. §. ult. D. de act. empt. explicatur ibid.

De evictione præstanda hic ius constituitur. De quo in universum ita puto: recte statuetur, si dixerimus, primum quid de ea iuris sit, cum de ea nihil omnino convenit: deinde quid, cum aliquid convenit in alteram partem, vel ut præstetur, vel ut ne præstetur, de quibus ita dicam breviter ordine. Si † de 1 evictione nihil aperte convenit, placet nihilominus re evicta venditorem hanc præstare debere emptori, ut hic definitum est, & *L. ex empto*, *D. de act. empt.* Sed † 2 cum hac exceptione, nisi emptor sciens rem alienam, aut pignori obligatam emerit.

rit. Scienti evictio non præstatur: usque adeo: ut ne pretium quidem venditor restituere debeat hoc casu, *L. si fundum, infr. hic*. Et recte. Nam hoc convenit inter omnes, si venditor moneat rem alienam a se vendi, & pro tali vendat, eum teneri ob evictionem non debere: quia appareat nihil eum amplius vendere, quam quod habet. Et hinc est, cur placeat creditorem, pignore ab eo vendito, evictionis nomine non teneri, si res tanquam aliena evicta sit, dummodo tanquam pignus, sive iure creditoris vendiderit, & revera fuerit res illi pignori obligata, *L. ex empto, §. sententiam, D. de act. empt.* Quod si verum est: par est, etsi nihil tale dixerit venditor, si tamen emptor id ita esse non ignorarit, non magis ei præstari debere evictionem. Non enim debuit certiorari, qui non ignoravit, *L. 1. in fin. D. de act. empt.*

3 Quod † si de evictione aliquid convenit, quæri solet, utrum, & quatenus conventio servanda sit. Et multum interest, conveneritne, ut evictio præstaretur emptori, an ne præstaretur. Si ut præstaretur: conventio omnimodo servanda est, quæ quidem in re gerenda interposita fuerit: & servanda etiam emptori conditionem rei non ignoranti. Nam cum in *L. si fundum, inf. eod.* dicatur ei, qui fundum sciens alienum, vel obligatum comparavit, evictionem non præstari hac conditione, si de evictione non convenit: vi ipsa satis hoc dici intelligitur, si convenerit in re vendenda, ut huic ipsi scienti evictio præstaretur, ei esse præstandam. Idque per se satis efficitur generali edicto de pactis, quo prætor pollicetur se pacta servaturum, quæ neque dolo malo facta sint, neque contra leges *L. iurisgentium, §. ait, D. de pact.* Nihil hic dolo malo facit emptor, qui sibi cavet: nec decipitur venditor, qui scit, quid promittat & consentit, *L. nemo videtur, D. de reg. iur.* Non est contra leges id pactum, quod est de re familiari & privata: in qua licet unicuique pacto deteriorem suam conditionem facere. *d. L. iurisgentium, §. si paciscar, L. pactum, D. de pact.*

4 Non eadem † caussa est contrariæ conventionis, si forte convenerit, ne venditor re evicta evictionis nomine teneretur. Nam neque semper prodest venditori, neque in totum: & in summa tunc solum propter hanc conventionem tutus est venditor, ne quid re evicta præstet emptori, cum ille ignoravit rem alienam esse, hic scivit alienam. Hoc quidem casu non teneri venditorem constat. Nam si emptori scienti non præstatur evictio, quanvis de ea nihil convenerit: *d. L. si fundum inf.* multo minus ei præstandam esse dixerimus, si nominatim convenit, ne præstaretur. Sed hoc ita est, inquam, si venditor rem alienam ignorans vendiderit scienti. Quod si sciens vendidit ignoranti, nihil ei profuerit conventio, quominus re evicta ex empto teneatur, *L. ex empto, in f. D. de actio. empt.* Quippe venditor celando emptorem decepit. Sic enim silentio suo consecutus est, ut is facilius remitteret evictionem, dum existimat venditorem agere bona fide. Hunc dolum ubique iudicio empti præstat venditor. *L. 1. §. 1. L. ex empto. §. sententiam, & §. ult. in fin. D. de act. empt. L. ea, quæ, D. de cont. empt. & vend.* In quo nihil iuvat eum, sed oppugnat potius edictum prætoris, de pactis: quoniam ea non servat prætor quæ dolo malo facta sunt. Sed † etsi venditor & emptor ignoraverint rem alienam esse, tamen hactenus solum proderit supra scripta conventio venditori, ne re evicta teneatur in id, quod emptoris interest; quominus autem pretium saltem restituere debeat, non proderit: quæ sententia est Iuliani in *d. L. ex empto, § ult. D. de act. empt.* quam & Ulpianus confirmat eo loco repudians exemplum earum specierum, in quibus alea emitur: veluti cum emitur iactus retis, aut captus avium, vel missilium: quo in genere quanvis nihil captum sit, aut quod captum erat, sit evictum; nulla tamen eo nomine ex empto obligatio contrahitur, *L. nec emptio, D. de cont. empt.* Et recte exemplum repudiat. Hic enim nihil certi venditur, sed tantum quod capietur casu: quamobrem & hoc agi intelligitur, ut quanvis nihil inciderit, tamen sit emptio, & pretium apud venditorem maneat, quia spei emptio est, ut est in *d. L. nec emptio, de cont. empt.* Longe diversum est, ubi res certa, & quæ in rerum natura est, venditur: de qua hoc agi constat, ut ipsa sit empta, ac sine ea nulla sit emptio. Sed hic obiicitur edictum de pactis, quo efficitur, ut pacta de re privata servanda sint, etiamsi sint cum incommodo emptoris paciscentis coniuncta, *d. L. pactum, D. de pact.* Nihil id huic sententiæ adversatur. Fatemur enim conventionem hanc servandam ita, ut nec venditor pretium restituere debeat re evicta, si nominatim id convenisset. Nunc autem cum ita convenit, ne quid venditor evictionis nomine præstet, conventionem sic interpretamur: ne præstet id, quod proprium est evictionis. Est autem 5

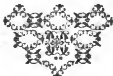
autem hoc proprium, ut præstetur id, quod interest, *L. si tibi, inf. hic*. Id vero venditor propter conventionem superiorem non præstabit. Sed non ideo efficiet conventio, ne venditor pretium reddat: quia hæc interpretatio neque verbis satis convenit, neque ullo modo congruit bonæ fidei iudicii naturæ, & præsertim naturæ emptionis: in qua negotium geritur mutuum, ubi venditor pretium accipit, sed vicissim rem tradit pro pretio. Et ideo quod bene dictum est a Iuliano, ut Ulpianus ibidem refert, bonæ fidei iudicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amitteret, venditor pretium lucraretur: hoc sic accipere debemus, in re dubia. Nam si aperte convenisset, ne venditor etiam pretium restitueret: dubitari non debet, quin conventio servanda sit ex edicto, de pactis. Argumento erit creditor, qui pignus iure pignoris vendidit: quem placet re evicta non teneri, ne ad pretium quidem. *d. L. ex empto*, §. *sententiam*, *D. de act. empt.*

Ad L. Auctore. 7.

Idem A. Hilariano.

Auctore laudato, si evicta res est, fideiussorem (etiamsi agi caussam ignoraverit) conveniri evictionis nomine posse non ambigitur PP. III. Non. April. Alexandro A. Coss.

Venditor evictionis nomine fideiussorem emptori dedit, non quia cogebatur, sed quia ita placuit, *L. emptori, D. eod.* Si emptori controversia de re vendita moveri cœperit: satis est emptorem id denuntiare venditori, fideiussori denuntiare non est necesse. Itaque post denuntiationem venditori factam re evicta, emptor actionem ob evictionem habebit, non tantum adversus venditorem heredesve eius, sed etiam adversus fideiussorem, ut hic constitutum est. At enim venditori denuntiandum est, qui evictionis nomine tenetur. Cur non videatur etiam denuntiandum esse fideiussori, qui & ipse evictionis nomine obligatur? Sed hæc paria non sunt. Nam in obligatione fideiussoria nihil est proprium fideiussoris, sed totum pendet ex obligatione principalis rei. Est enim fideiussio accessio principalis obligationis, §. *fideiussores, Inst. de fideiuss.* Itaque venditore liberato, una etiam liberantur fideiussores sine ullo suo facto, *L. in omnib. speciebus, D. de solut.* E converso quoque si venditor evictionis nomine tenebitur, ut hic teneri constat, cum ei denuntiatum est: necesse est & fideiussorem in eam caussam teneri, quia in hanc ipsam caussam conventione se obligavit: huc facit *L. mora*, 88. *D. de verb. obl.* Hoc autem denuntiare venditori, ut ad agendum caussam emptori adsit, hoc loco dicitur, auctorem laudare, quod quia ad quæstionem sequentis rescripti pertinet, ibi dicetur.



Ad L.

Ad L. Emptor. 8.

Idem A. Clementino.

Emptor fundi, nisi auctori, aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem, vel fideiussorem eius habet. Sed & si iudicio emptor non adfuit, aut praesens per iniuriam iudicis victus est absente auctore, vel fideiussore: regressum adversus eum non habet. PP. VIII. Id. Decemb. Alex. A. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Iure rem evinci oportere; & hoc quid sit.*
2. *Evicta re vel culpa emptoris, vel iniuria iudicis, venditorem ob evictionem non teneri.*

Culpa emptoris evictam rem intelligi his modis.

3. *Si de possessore petitor factus ob id victus est.*
4. *Si cum posset faciliore iudicio rem persequi, maluit difficiliore experiri, exempla.*
5. *Si emptor aliqua exceptione ex persona sua remotus est.*
6. *Si caussam non defendit, ut debuit, dum aut non adfuit caussae agendae, aut exceptiones aliquas praetermisit.*
7. *Si venditori non denuntiavit in tempore litem sibi moveri: & cur.*
8. *Denuntiandam venditori, heredive eius, non autem necesse esse denuntiari fideiussori.*
9. *Denuntiationem omissam emptori non nocere, sive venditor absit: sive fecerit, ne sibi denuntiaretur: sive iuste ignoret emptor ubi sit.*
10. *Denuntiandum pupillo venditoris heredi, quamvis tutor absit.*
11. *Denuntiandum venditori, quamvis litem moveri emptori non ignoret.*
12. *Quo tempore denuntiandum sit, ut ad agendam caussam adsit: quo tempore heredi, si re alieno soluto moveatur de ea re controversia legutario.*
13. *Auctor proprie venditor ab augendo: & cur.*
14. *Auctor per metaphoram omnis, qui alicuius rei habendae alteri caussam praebet: unde translatum.*
15. *Laudare auctorem quid.*
16. *Venditore caussam negligente emptorem nihilominus caussam agere debere: hac deserta si vincitur, actionem de evictione non habere.*
17. *Iniuria iudicis victo emptori evictionem non praestari.*
18. *Fideiussorem iniuria iudicis victam nihilominus actionem habere adversus reum, pro quo solvit: & cur dissimiliter in emptore iniuria iudicis victo, cum agitur adversus venditorem.*
20. *Emptorem a venditore de proprietate rei victum, licet culpa emptoris sit, qui agentem exceptione non removit, aut iniuria iudicis, nihilominus actionem habere ob evictionem: & cur.*

HOC rescriptum continet de evictione eam sententiam, quam initio huius
1 tituli posuimus: non esse † satis videlicet ad evictionem, rem venditam emptori iudicio ablatam esse, sed & iure oportere esse evictam, quod verbum positum est in *L.* 4. *supr.* Eo verbo continetur, ut non aliter evictionis nomine teneatur venditor, quam si condemnatus sit, cum malam caussam haberet: puta quia res in caussa esset, ut iure ei evinci posset, vel tanquam aliena vel tanquam pignori obligata. Quapro-
2 pter † duabus de caussis efficitur, ut quanvis res evincatur iudicio: tamen venditor ob eam evictionem non teneatur. Una caussa est si res evicta sit culpa emptoris: altera, si evicta sit iniuria iudicis. Prior caussa hic uno & altero exemplo declaratur: posterior etiam expressa est, utraque diserte comprehensa in *L.* 1. *supr. de rer. perm.* de utraque cognoscendum est. Culpa emptoris est, cum ea praetermisit, quae ad retentionem, aut defensionem rei pertinebant, & ob id victus est. Id autem quinque modis accidit. Primus
est, † cum emptor sua culpa possessionem rei venditae amisit, qua ex re de possessore petitor factus victus est, non quia possessor probaret se dominum esse; sed quia emptor se dominum esse probare non potuit, unde & possessor absolutus est, iuxta *L. qui accusare, supr. de edend.* Species posita in *L. si rem,* §. 1. *D. eod.* Hoc facto negari non potest, quin emptor victus sit sua culpa: cum si possessionem retinuisset, adversarius eius rem non evicisset. Etenim si egisset adversus emptorem, neque de iure suo probare potuisset, ut nunc probare non potuit, emptor idemque possessor esset absolutus, & in suo lo- 3
co

co mansisset possessio, *d. L. qui accusa-*
re, §. retinendæ, vers. *commodum, Inst.*
4 *de interd.* Secundus † modus est, cum
emptor quanvis casu & sine culpa posses-
sione amissa, cum faciliore iudicio & ex-
peditiore rem persequi posset: maluit dif-
ficiliore experiri. Veluti, si cum posset
Publiciana agere, aut actione, quæ com-
petit de agro vectigali: rei vindicatione
uti maluerit, cum esset a venditore admo-
nitus, *L. si cum venditor, D. eod.* Publi-
ciana actione is vincit, qui probat solum
se ex iusta caussa ab aliquo accepisse: quod
facile probatu est. Actione de agro vecti-
gali is vincit, qui actorem suum non do-
minum, sed vectigalis prædii possessorem
solum fuisse probat. At in rei vindicatio-
ne non est satis probare se rem ex iusta
caussa accepisse; sed probandum est etiam,
eum a quo acceperis, dominum fuisse:
quod est probatu difficillimum. Intelligun-
tur hæc ex *§. namque, Instit. de act. L.*
in rem, D. de rei vind. & L. 1. D. si
ager. vectig. vel emph. pet. Tertius mo-
5 dus est, † cum idoneo & expedito iudi-
cio usus emptor aliqua exceptione remo-
tus est, quæ ei obiecta sit a possessore ex
persona eius, *L. hoc iure, & seq. D. eod.*
Veluti, si cum excidisset emptor posses-
sione rei, & mota controversia inter eum
& possessorem pactus esset, se fundum il-
lum amplius non petiturum; aut iusiuran-
dum possessori detulisset, & ille iurasset
suum fundum esse: post deinde ipse iudi-
cio de ea re instituto summotus sit a pos-
sessore exceptione pacti superioris, aut ex-
ceptione iurisiurandi, quarum utraque ex
persona & facto emptoris adversus illum
6 nata est. Quartus † modus est, cum em-
ptor possessionem rei adhuc retinet: sed
dum res ab eo vindicatur, caussam non
defendit, uti oportet, & debuit, quod du-
pliciter contingit. Uno modo, si non ad-
fuit: quæ caussa hoc rescripto addita est
in illis verbis, *sed & iudicio*, & clarius
posita est in *L. si ideo, in prin. D. eod.*
Altero modo, si emptor cum exceptiones
aliquas haberet: eas prætermisit exemplo
fideiussoris, qui idem fecit, de quo in *L.*
idemque, §. generaliter, D. mandat. Po-
7 stremo † hoc in præcipua culpa empto-
ris numeratur, cur vincatur, si venditori
suo non denuntiet litem sibi moveri de
re vendita. Nam venditor ut auctor &
rei dominus, scire potuit ius suum, &
quibus rebus id ius instrueretur. Itaque &
ipse caussam proprietatis & emptoris in-
struere potuit admonitus: quod si non fecit,
quia denuntiatum ei non est, perspicuum
est ideo emptorem victum esse, quia cul-
pa sua instructus non fuerit ad caussæ de-
fensionem. *L. si fundo, §. ult. D. eod.*
Hac de caussa etiamsi emptor in caussa
agenda & deferenda præstet officia omnia,
tamen hoc inprimis ab eo exigitur, ut lite
sibi mota id denuntiet venditori: ut is, si
videtur, ad caussam agendam adsit, ut hoc
rescripto cautum est, & *L. seq.* item *L.*
si parentes, in fin. L. cum successores,
infr. eod. d. L. si fundo, §. ult. D. eod.
In † hac denuntiatione hæc cognoscen- 8
da sunt: cui hoc denuntiandum sit litem
moveri emptori; an semper denuntiandum;
postremo quo tempore denuntiandum. Et
auctori, idest, venditori denuntiandum est,
aut eo mortuo heredi eius, ut hoc rescri-
pto comprehensum est, & *seq.* Fideiusso-
ri denuntiare non est necesse, si superio-
ribus denuntiatum fuerit: tametsi verum
sit, non minus teneri fideiussorem evictio-
nis nomine, quam venditorem: *L. aucto-*
re, supr. ubi ratio exposita est. Neque † 9
tamen his semper denuntiare necesse est.
Sunt in eo hæ conditiones: ut venditori
denuntiandum sit, si & præsens sit, & sui
copiam faciat. Absente venditore omissa
denuntiatio nihil nocet. *L. si ideo, § ult.*
D. eod. Absens, qui definitur in *L. absen-*
tem, D. de ver. sig. Sed & si venditor
præsens sit: si tamen aut dolo fecerit, ne
sibi denuntiaretur, aut nesciat emptor,
ubi sit: impune denuntiatio omittitur. *L.*
si dictum, §. si præsente, D. eod.
Quod † si hæc concurrent, ut & præ- 10
sens sit venditor, & sui copiam faciat, o-
mnimodo ei denuntiandum est: adeo ut
placeat etiam pupillo, qui patri venditori
successerit, denuntiandum esse, quanvis
eius tutor absit. *d. L. si dictum, §. ult.*
D. eod. Non obstat quod tutoris auctori-
tas in hac denuntiatione non intervenit,
alinqui cæteris in rebus ad pupillum obli-
gandum necessaria. *Instit. de auct. tut.*
Nam etsi neque pupillus, neque tutor præ-
sentes essent, tamen impune & sine utrins-
que voluntate omitteretur denuntiatio, ut
in omnium venditorum absentiam perso-
na ius esse supra dicimus. Quæsitum est
hoc loco, † an venditori præsenti denun- 11
tiandum sit, si is litem emptori suo mo-
veri non ignoret. Movet dubitationem,
quod dicitur non esse certiorandos eos,
qui non ignorant *L. 1. in fin. D. de act.*
empt. Et recte placuit nihilominus vendi-
tori denuntiandum, ut ad agendum adsit.
Nam ea rescripta quæ hac denuntiatione
citavimus, puta hoc, & *L. seq. L. si pa-*
rentes, L. cum successores, infr. denun-
tiationem præcise exigunt. Ubi autem lex
denuntiationem exigit, hanc semper inter-

venire oportet, etiamsi is, cui denuntiandum ex lege est, non ignoraverit id, de quo agitur. *L. denuntiasse, in pr. D. ad L. Iul. de adult.* At enim recte dicitur non esse certiorandos eos, qui non ignorant. Rectissime dum de eo agatur, quod non ignorant. Sed id huc non pertinet. Etenim lite emptori mota de duabus rebus agitur, quarum unam scit venditor, alteram ignorat. Lis emptori movetur: hoc scit venditor; de ea re admoneri non debuit. Sed agitur praeterea de voluntate emptoris, quaeriturque, utrum sibi velit adesse venditorem, an vero caussam periculo suo agere. Hanc voluntatem cognoscere venditor non potest, nisi emptor ei denuntiet, quid fieri velit. Recte igitur ad hanc declarationem voluntatis denuntiationem emptoris exigimus.

12 Quo † tempore emptor venditori denuntiet, ut ad agendum adsit, nihil refert, ut traditur in *L. si rem, 29. §. ult. D. eod.* Sed additur, dummodo ne prope ipsam condemnationem id fiat. Quibus verbis hoc dici intelligere debemus, posse quidem emptorem ante condemnationem denuntiare venditori suo quovis tempore, dum tamen tunc denuntiet, cum adhuc integrum erit venditori caussam instruere, ne emptor vincatur. Nam si ad rem satis temporis non erit, dolo emptoris id factum est: quam ob caussam venditor ei non tenebitur re evicta, *L. si fundo, §. ult. D. eod.* Hic opponitur *L. qui concubinam, §. penult. D. de legat.* 3. ubi in persona heredis, qui homine generaliter legato certum hominem legatario dedit, scriptum est: si de eo homine controversia fiat legatario, legatarium debere ante litem contestatam denuntiare heredi, ut homine evicto actionem adversus heredem habeat. Dicendum est, quod & Bartolo videtur, aliam caussam esse emptoris & venditoris; aliam heredis & legatarii. Nam in emptione re tradita, incipit res & caussa emptoris esse propria. Incipit enim exinde commodum & incommodum omne rei ad eum pertinere. *§. cum autem, Instit. de empt. & vend.* Et ea dicitur propria caussa cuiusque, ad quem commodum & incommodum suo nomine pertinet. *L. 1. §. in propria, D. quand. appellan. sit.* Quocirca si in hac caussa sit emptori controversia proprietatis, iure suo is facit, si caussam defendit & persequitur suo arbitratu: dummodo defensionem integram venditori relinquat ante sententiam. Diversa caussa est legatarii. Nam re legata evicta, nullum in eo periculum agitur legatarii: ubi si heres evictionem praestat, solum incommodum est heredis. Si non praestat, tamen nullum est incommodum legatarii, cui pro re legata nihil abest. Quare recte visum est in ea re, cuius periculum ad heredem pertinet, totam caussam heredis arbitrio permitti debere, ut ipse de ea statuat, ut vult, aut sibi commodum existimat. Atque hoc ius est de hac denuntiatione.

De verbis iuris ad hanc denuntiationem significandam usitatis monendi sumus totum hoc, denuntiare venditori ut ad agendum adsit, veteres uno verbo dixisse laudare auctorem suum, ut in *L. auctore, sup. L. Herennius. §. 1. D. eod.* Quorum verborum haec significatio & ratio est. Auctor † venditorem proprie significat, 13 quod cum ex innumeris aliis locis intelligitur, tum maxime ex hoc rescripto, & *L. si controversia, seq.* Ita dictus venditor ab augendo. An quod, ut quidam volunt, venditor auget emptorem re vendita? Non satis convenienter rei hoc dicatur. Ista enim ratione etiam emptor, & is quidem maxime dici debuit auctor, quia praecipue is auget venditorem pretio, cuius dominium in venditorem transferre debet, cum venditor non amplius debeat, quam rem tradere. *L. ex empto, in pr. D. de act. em.* Nunc autem scimus nunquam emptorem auctorem dici, sed semper auctorem ab emptore distingui. *L. hoc iure, & L. seq. D. eod. & hac L. emptor, & L. seq.* Sed dicitur auctor ab augendo pretio, quia venditoria demum est, qui cum effectu emptoris pretium auget: ut puta, emptor offert viginti; venditor dicit, non esse satis, & postulat aliquid addi. Emptor addit quinque; venditor negat adhuc esse satis. Emptor addit alia quinque, ut sint triginta. Et hoc venditori placet. Hic perspicuum est, haec omnia aucta esse emptori a venditore: unde merito auctor dictus, quoniam auget. Idem † venditor dominus est rei: 14 certe rei habendae & possidendae ius habet: quod & ius in emptorem transfert venditoris iure. Inde factum, ut omnes, qui alicuius rei habendae & obtinendae initium ac caussam alii praestarent, hi dicerentur auctores ei rei, *L. 4. §. auctores, D. de dol. & met. excep.*

Laudare † autem veteribus est nominare, & appellare, ut Agellius docet *lib.* 15 *2. cap. 6.* Macrob. *lib. 6. cap. 7.*

Ex † his apparet, si controversia mota 16 de proprietate rei venditae emptor sibi consultum velit, recte eum facturum, si statim id denuntiet auctori suo. Si is caussae defensionem suscipit, liberatur emptor omni

omni molestia iudicii; & nihilominus re evicta actionem habebit de evictione. Quod si venditor defensionem negliget, sciat emptor non ideo se liberari, sed ut in caussa sua agere debere, & caussam defendere quibuscunque modis potest. Quod nisi faciat, quia sua culpa vincitur: evictio ei non præstatur, ut hic traditum est.

17 Sed † etsi omnia faciat emptor, quæ ad defensionem rei pertinent, tamen etiam altera caussa est, quæ inhibeat actionem ob evictionem: si iniuria iudicis res evicta sit, ut hoc rescripto item comprehensum est. Neque hic quidquam interest, utrum emptor sordibus iudicis & corruptione victus sit, an imperitia, ut est in *L. per imprudentiam*, *D. eod.* Quod ideo dictum est, quia si iudex pecunia corruptus sententiam adversus emptorem tulerit, sententia nullius momenti est. *L. venales*, *sup. quan. provoq. non est nec.* ut hoc casu cum emptori sententia nihil noceat, frustra ei detur actio adversus venditorem evictionis nomine. Sed non idem iuris est, si iudex per imperitiam iudicavit: valet enim sententia nihilominus, nisi provocatum sit. *L. cum prolatis*, *D. de re iud.* Unde dubitatio, quæ eximitur in *d. L. si per imprudentiam*, cum adiicitur, etsi per imprudentiam iudicaverit iudex, tamen emptorem adversus venditorem regressum non habere, addita hac ratione: quia iniuria emptori facta venditori nocere non debeat. Sed opponitur † exem-

18 plum fideiussoris. Nam quemadmodum emptor si conveniatur de proprietate rei, caussam recte tueri debet, ut actionem ob evictionem habeat: ita & fideiussor conventus si aliquas exceptiones habeat ex persona rei principalis, iudicio contendere, & his exceptionibus uti debet, ut mandati actionem adversus rem nanciscatur, si postea victus solverit. *L. idemque*, *§. generaliter*, *D. mand.* Et tamen si fideiussor nulla sua culpa, sed iniuria iudicis victus sit, nihilominus mandati actionem habet. *L. exceptione 67. D. de fideiuss.* Cur non igitur & in emptore iniuria iudicis victo idem dixerimus? Sed in promptu est differentiæ ratio. Nam emptione contracta omne periculum rei ad emptorem pertinet. *L. necessario*, *D. de per. & com. rei vend. §. cum autem*, *Institut. de empt. & vend.* In periculo autem & casu fortuito est omnis iniuria ab alio illata, quia nulla diligentia iniuriam alienam vitare possumus. *L. ad eos*, *D. com. L. sed de damno*, *D. loc.* Quare & hoc periculum iniuriæ ad emptorem pertinebit. Diversa caussa est fideiussoris: huius negotium in fideiussione non geritur, sed rei principalis: quam ob caussam & ipse, & quisquis negotium alienum gerendum suscepit vel ex mandato, vel sine mandato, culpam tantum & diligentiam ut in re aliena, non etiam casum fortuitum præstare debet, *L. contractus*, *D. de reg. iur.*

Atque † hæ caussæ sunt duæ in summa, propter quas emptor re evicta actionem ob evictionem adversus venditorem non habet: emptoris culpa, & iniuria iudicis. Sed ex hoc iure excipiuntur emptores victi ab iis, qui evictionem præstare debeant: puta victi aut a venditore, aut ab heredibus eius, aut a fideiussore evictionis. Propone hoc modo: venditor fundum alienum vendidit, & tradidit emptori. Idem domino fundi exstitit postea heres, atque dominus fundi successione factus est. Quo iure usus cœpit eum fundum tanquam suum ab emptore vindicare. Hic duo sunt emptori remedia adversus venditorem. Nam primum, ut videtur, potest vindicantem exceptione doli summovere. *L. vindicantem*, *D. eod. L. exceptione*, *inf. eod.* Quod si hoc non placet, liberum est ei pati venditorem agere, & se vinci, ea lege: ut si eo iudicio res illi a venditore evicta sit, nihilominus actionem habeat adversus venditorem ob evictionem, dicta *L. vindicantem*, *& seq. D. eod.* Atqui si ius superius sequimur, emptor in hac caussa actionem ob evictionem habere non potest. Nam exceptionem doli mali, qua submovere emptorem poterat, si non opposuit, culpa eius est. Si opposuit & tamen victus est, iniuria illi manifesta facta est a iudice. Ita alterutra de caussa necesse est, eum actionem non habere, si in iure superiore consistimus. Sed hoc in hac caussa non placuit, ut dixi, cum aut venditor evincit, aut cæteri, qui evictionis nomine obligantur. Merito: Esto enim, obiici hic possit aliqua culpa emptori. At hæc maiore venditoris culpa, atque adeo manifesto dolo in ea caussa vincitur. Quæcunque enim hic condemnatio fuit, huic caussam dedit improbitas venditoris, qui hoc iudicium movit, & quem in ea venditione tueri debuerat, eum iudicio isto oppugnavit. Quare si agentem de evictione emptorem summovebit exceptione, quasi culpa sua victum: merito replicatione doli mali exceptio elidetur: eritque in eam rem actio ex stipulatu, intellige simplici, vel ex dupla, idest, ex stipulatione duplæ, vel ex empto, ut hoc rescripto expressum est: quæ verba quid valeant, exponetur commodius ad *L. si tibi*, *infr.* 19

Ad L. Si controversia. 9.

QUod de denuntiatione hic dicitur, pertinet ad rescriptum superius, ubi dixi. Quod reliquum est, re evicta hic datur actio emptori adversus venditorem, successoremve eius in id, quod emptoris interest, qui locus recte reiicietur ad *L. si tibi, infr.*

Ad L. Si fines. 10.

Idem A. Largo.

Si fines agri venditor demonstravit, & legem dixit, intra eos neminem ingressurum: si quid inde evincatur, periculo sit auctoris. Quod si finibus suis, quos demonstravit, agrum vendidit: lis finalis ad venditorem non pertinet. PP. VII. Kalend. Decembr. Maximo II. & Æliano Coss.

SUMMARIUM.

1. *Finibus fundi certis demonstratis, si quid ex his evincatur, an, & quando præstanda sit evictio.*

1 VEnditor fundum Tusculanum, † qui constabat centum iugeribus, emptori vendidit, & in finibus demonstrandis dixit, fundum continere centum quinquaginta iugera. Ex hoc numero quinquaginta evicta sunt, ut revera aliena erant, non fundi Tusculani. Quæsitum est, an venditor ob evictionem eorum iugerum teneatur. Distinguitur: Si venditor fines demonstravit, & legem dixit, id est, demonstravit, nominatim adiecta hac lege & conventione, ne quis in eos ingrederetur: evictionem præstabit, quod hic scriptum est in principio. Plus dicimus, etsi venditor tantum fines demonstravit, neque quidquam adiecit nominatim de his finibus præstandis, nihilominus tamen eorum evictionem eum præstare debere: hoc in *L. qui fundum, D. eod.* Et recte: nam quæcunque dicuntur ita, ut præstentur emptori, præstanda sunt. *L. sciendum, §. 1. D. de ædil. ed.* Sunt autem in hac caussa, quæcunque ita dicuntur, ut propter hæc res pluris vendatur, *L. ea quæ, D. de cont. emption.* Nemo porro dubitat, quin quo ampliores fines fundi erunt, eo pluris fundus sit, atque ideo pluris veneat. Quod si venditor fines quidem demonstravit, sed ita, ut nihilominus diceret se fundum vendere suis finibus: quidquid ultra veros fines eius fundi evictum erit, venditor non præstabit: quæ altera pars est distinctionis tradita hoc scripto. Hoc ideo, quia idipsum actum est. Nam qui vendit fundum suis finibus, sive intra suos fines, aperte hoc dicere intelligitur, se fundum vendere tantum, quantus est, non ultra.

Nemo autem venditor rei a se non venditæ evictionem præstat, ut diximus *ad L. 1. supr.* Et quod demonstratio ampliorum finium vel præcessit, vel secuta est hanc conventionem: ideo factum est, ut admoneretur sui iuris emptor, non autem ut venditor ultra veros fines quidquam præstaret, ut conventio declaravit. Quod tamen de eo venditore accipiendum est, qui putavit eos fundi fines esse, quos demonstravit. Nam qui scivit minores fines esse, & ampliores dixit: præstabit, nec defendetur conventione, quæ dolo malo facta est. Hoc enim ipso decepit emptorem, quod cum sciret minores fines esse, non solum celavit emptorem, sed etiam mentitus est esse ampliores. *L. 1. §. 1. D de act. empt.* Remoto dolo si quis fundum vendiderit suis finibus, quoscunque prius dixerit sibi videri: verum est, quod hic scribitur, litem finalem ad eum non pertinere. Ideo autem non pertinet, non quia fines isti evincantur finium regundorum iudicio, & perperam in glossa scriptum est: eum nihil interesse, quo iudicio res vendita emptori evincatur; *L. si mancipium, §. 1. D. eod.* sed quia qui postea evincentur fines, hi fines fundi non fuerunt. Nunc autem proponitur venditor fundum vendidisse finibus suis: quæ adiectio conventionem habet apertam, alios fines, quam qui veri fines sunt, præstari non debere.

Ad L.

Ad L. Exceptione. 11.

Idem A. Clementi.

Exceptione doli recte eum submovebis, quem ab auctore tuo fideiussorem accepisti, si eius nomine controversiam refert, quasi per uxorem suam, antequam tu emeres, comparaverit: qui venditioni adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit. PP. Non. Feb. Pompeiano & Peligno Coss.

S U M M A R I A.

1. *Qui re evicta tenetur ob evictionem, eum de re vendita controversiam emptori movere non posse: agentem exceptione doli mali summoveri, quisquis est, sive venditor, heresve eius, sive fideiussor, heresve eius.*
2. *De herede fideiussoris vindicante: ubi &* L. ult. hoc tit. *explicatur.*
3. *Suprascripti iuris ratio.*

HIC illa definitio in universum statuenda est, quæ declaratur cum hoc rescripto, tum apertius. *L. si ob caussam,*
1 *& L. sive possessio, seq. inf. eod. tit.* † Quisquis re evicta ab alio, ob evictionem obligatur emptori, eum de re vendita controversiam movere non posse: quod illorum obligatorum genera declarabunt. Evictionis nomine obligantur hi quatuor, venditor, itemque venditoris heres, *L. si controversia, sup. fideiuss.* qui idem secundus actor, id est, venditor appellatur, *L.* 4. *D. eod.* & item heres fideiussoris, *L. ult. inf. hic.* Hos omnes dicimus, si rem vendicent ab emptore, etiamsi ex nova caussa, quæ evictionem secuta sit: tamen frustra controversiam movere, quia exceptione doli mali ab emptore summoveri possint. De venditore vindicante traditur in *L. vindicantem, D. eod. & in L. si ob caussam, inf.* De herede venditoris in *L. sive possessio, inf.* De fideius-
2 sore hic scriptum est. De herede † fideiussoris dubitari potest propter *L. ult. inf. hic* ubi scriptum est, heredem fideiussoris posse rem suam ab emptore vindicare, si non iure hereditario, sed ex persona sua dominium vindicet; id est, si non ideo rem vindicet, quia res fuerit fideiussoris, eiusdemque decessoris eius, in cuius dominium postea heres successit; sed ideo, quia res eius fuerit propria, perveneritque ad eum ex alia caussa, quam hereditaria. Sed hoc priorem sententiam non mutat. Ita enim verum est, heredem fideiussoris, qui rem ex persona sua ita vindicat, iure vindicare, uti certe verum est: *L. in rem, D. de rei vindicat.* ut nihilominus vindicans exceptione doli mali possit summoveri. Nam & de herede venditoris idem scriptum est in *L. Seia, D. eod* quod de herede fideiussoris in *d. L. ult. inf.* Et tamen nihilominus adiicitur in *d. L. Seia,* heredem iure alioqui vindicantem exceptione summoveri posse: idque etiam satis defenditur eadem *L. ult. inf.* Nam illic etsi tribuatur heredi fideiussoris, ut iure rem vindicare possit: tamen hoc additur, eum re evicta ob evictionem teneri; certo id scilicet argumento, si rebus integris controversiam facit emptori, posse eum exceptione summoveri. Hoc ex priore colligitur & in *L. si ob caussam* & in *L. sive possessio, inf. hoc tit.*

Et recte hoc † ita constituitur, ut quis- 3
quis ob evictionem rei obligatur, is de ea re controversiam movere non possit, duabus de caussis. Primum, quia quod de evictione obligatur, indicio est, eum emptorem in re vendita defendere debere. Qui defendere emptorem debet, perspicuum est ei emptorem oppugnare non licere: sunt enim hæc contraria. Deinde pro certo definitur, omnem dolo facere, qui petit id, quod restiturus est: ex quo etiam adversus eum, qui ita petit, comparata est doli mali exceptio *L. dolo, D. de doli mali & metus except.* At qui tenetur ob evictionem rei venditæ, is de ea re restituenda tenetur, aut quod tantundem valet, tenetur in id, quod emptoris interest, eam rem præstari. Quare si eam rem petat, ad superiorem definitionem pertinet.

Ad L.

Ad L. Sive. 12.

Imp. Gordianus Augustus Philino.

Sive in libertatem evictus est servus, quem mercatus es, sive cum comparares, convenit, ut si quæstio nomine eius relata esset, & si necdum evictus esset, in pretium recuperares: præses provinciæ, quod tibi præstandum animadverterit, restitui iubebit. PP. VII. Idib. Mart. Gordiano A. & Aviola Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Evictio quibus ex caussis præstanda.*

1 Evictione † rei venditæ iure secuta, constat venditorem ob evictionem teneri. *L. 6. supra*. In eo nihil interest, qua de caussa iure res evincatur, & auferatur emptori: utrum ideo, quia aliena, aut pignori obligata erat; *L. 3. supr.* an vero quia tanquam servus, aut ancilla venditi qui liberi erant, & in libertatem evicti sunt, de quo hoc loco. Nondum re evicta venditorem emptori non teneri scriptum est in dicta *L. 3. supr.* Hæc exceptio est, extra quam si contra convenerit: quæ conventio dicitur hoc loco servanda esse.

Ad L. Si ob caussam. 13.

Idem A. Zoilo.

Si ob caussam iudicati pignora capta sunt ex eius auctoritate, cui præcipiendi ius fuit, eaque, de quibus complecteris, tu mercatus es: frustra ab ea, quæ condemnata est, vel quæ in eius locum successit, eorum refertur quæstio: quandoquidem & si evictio eorum ab alio subsecuta fuisset, adversus eos debuisse dari actionem, a quibus pretii solutio proficit, rectissime responsum est PP. XVI. Kalend. Iun. Gordiano A. & Aviola Coss.

S U M M A R I A.

1. *Pignoribus ex caussa iudicati distractis evictis, debitorem tanquam venditorem de evictione teneri, non magistratum, non apparitores, non creditorem.*

2. *Actionem ex hac caussa esse non in id, quod emptoris interest, sed duntaxat de pretio.*

Pignoribus debitoris in caussam iudicati captis, & auctoritate magistratus, cui de ea caussa iurisdictio fuit, per apparitores distractis, tam res in emptores transferuntur, quam si a debitore ipso, eodemque possessore venditæ essent. *L. 1. L. 2. sup. si in cau. iud. pig. cap. sit.*

1 Hic † quæritur ad cautionem emptorum adversus futuros casus evictionis, quis in hac venditione venditor haberi debeat, ut cum eo agi possit de evictione: utrum magistratus qui iussit vendi, an apparitores qui vendiderunt, an creditor cuius opera factum est ut pignora venderentur, an debitor cuius res fuerunt. Et placuit in hac specie, eum vere venditorem videri, proinde & adversus eum dari debere actionem re evicta, cui pretii solutio proficit, seu qui pretio liberatus est, ut hic traditur *in fin. & L. si plus, autep. in pr. D. eod.* Is autem est debitor, cuius pignora capta distracta sunt. Superiores, ut magistratus, apparitores, item creditor, videri possunt in hac specie vendidisse, quia de re & pretio convenerunt cum emptoribus: apparitores aperte; magistratus & creditor, quia res vendi mandarunt. Vendit autem, quisquis per alium ven-

vendit. Sed revera nemo horum venditor est. Quicquid enim hi agunt, non suo nomine agunt, sed debitoris, cuius res est; neque id agitur, ut pretium ad eos redeat. Solus est debitor, ad quem emolumentum huius venditionis pertinet: quam ob caussam & merito existimetur vendidisse. Hinc scilicet illa consequentia, de quibus hoc rescripto comprehensum est, ut & is re evicta teneatur evictionis nomine, idque actione ex empto, ut est in dicta *L. antepenult. D. eod.* & praeterea debitor, qui ob evictionem ita obligatur, controversiam de re vendita emptori movere non possit, qui praecipuus scopus est huius rescripti, de quo in *L. exceptione, sup.*

Hactenus † tamen debitorem evictionis 2 huius nomine teneri placet, ut sit actio adversus eum, non quanti interest emptorum, sed de pretio dumtaxat, eiusque usuris, habita ratione fructuum, ut est in dicta *L. antep. D. eod.* Nec abs re: quod enim illo invito & ab alio gestum est, non proprie ab illo venditum dixeris: ut ultra, quam ad eum pervenit, non sit ex bona fide eum teneri.

Ad L. Sive possessio. 14.

Idem A. Secundino.

Sive possessio venditoris fuit, filius eiusdemque patris heres frustra quaestionem movet: sive non patris, sed filii eius possessio fuit, de qua iure hereditario auctor laudari potest: controversiam movere non potest. PP. XIV. Kalend. August. Gordiano A. & Aviola Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Heredem venditoris de re a defuncto vendita, quamvis sua, controversiam actori movere non posse: & cur.*

1 HEres venditoris † si rem venditam vindicet ab emptore: negat hoc rescriptum id eum iure facere posse, quocunque iure & cuiuscunque ex persona id faciat, quod divisione ostendit. Aut enim heres vindicabit ut hereditariam, quae olim defuncti fuerit, aut ut suam & proprio iure. Si ut hereditariam, idest, ob id quod venditoris fuerit, & ipse venditori successerit, frustra vindicat: sic enim vindicat alienam. Nam si venditor dominus fuit, rem tradendo dominium transtulit ad emptorem, eoque & dominus esse desiit, *§. per traditionem, Instit. de rer. divis.* Quae defuncti non fuit, ea nec successione fiet heredis, cum hereditas non sit, nisi successio in id quod fuit defuncti. *L. hereditas, D. de regul. iur.* Sic fit, ut heres rem defuncto venditam nullo iure vindicet ut hereditariam; cum in rem actio soli domino competat. *L. in rem, D. de rei vind.* Quod si res fuit heredis, quam olim defunctus vendidit ignorante herede, quam ideo & ut suam & ex persona sua vindicet; plus ea res habeat dubitationis, numnam hanc saltem possit vindicare: ac videatur etiam non prohiberi id facere, neque ex persona defuncti, neque ex sua. Non ex persona defuncti, quia is rem alienam tradendo eius dominium transferre non potuit. *L. traditio, D. de acquir. rer. do: L. nemo plus iuris, D. de reg. iur.* Non ex persona sua, quia heres neque rem vendidit, neque venditioni consensit; quae in quo domino sunt, ei venditio aliena non nocet. *L. quidam, D. eodem.* Et omnino ita res habet, ut si ius summum spectemus, is heres iure eam rem ab emptore vindicet. *L. Seia, D. eodem.* Sed nihilominus exceptione summoveri potest, ut ita effectu frustra vindicet, dicta *L. Seia, in fin.* Ad quem effectum referri debet, quod absolute dicitur hoc rescripto, heredem de re sua a defuncto vendita emptori controversiam movere non posse. Non potest propter exceptionem: cum nihil intersit, utrum quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur. *L. nihil interest, D. de reg. iur.* Exceptio adversus heredem ex eo, quod etsi venditor non transtulerit dominium rei venditae, qui dominus non fuit; tamen vendendo evictionis nomine se obligavit. *L. ex empto, D. de act. empt.* In hanc obligationem heres succedit. *L. qui in ius, D. de regul. iuris, §. ult. Institut. de loc.* Quare si vindicet heres, patietur & ipse eandem exceptionem, pertinetque omnino ad eam definitionem iuris, quae & hic comprehensa est, & in *L. si ob caussam, supra,* de qua diximus ad *L. exceptione.*

Ad L.

Ad L. Si non iniuria. 15.

Impp. Philippus A. & Philippus Cæsar. Menandro.

Si non iniuria iudicantis, sed iuris ratione superatus es, pignus ob evictionem acceptum solemniter persequi potes. PP. Kalend. August.

SUperato iuris ratione emptore, ut hic scriptum est, ideft, evictione secuta neque culpa emptoris, neque iniuria iudicis (nam horum utrumque nisi interveniat, non videtur emptor superatus, quia ius eum deficeret, de quibus diximus ad *L. emptor, supr.*) quemadmodum de evictione actio est adversus venditorem, heredemve eius *d. L. emptor, & L. seq.* ita & incipiunt teneri ex ea caussa venditionis accessiones, ideft, fideiussores, & pignora: de fideiussoribus est in *L. si flatus, infr. eod.* de pignoribus hoc rescripto traditur.

Ad L. Super. 16.

Impp. Dioclet. & Maximian. AA. Alexandro & Diogeni.

Super empti agri quæstione disceptabit præses provinciæ: & si portionem diversæ partis esse cognoverit, impensas quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis iubebit. Nam super pretio evictæ portionis non eum qui dominium evicerit, sed auctricem conveniri consequens est. PP. X. Kal. Iul. ipsis IV. & III. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Bonæ fidei emptorem sumptus utiles in rem possessam factos a domino rem vindicante consequi posse non actione, sed per retentionem rei, opposita doli mali exceptione.*
2. *Dominum rem suam recte vindicare, & auferre etiam non oblato pretio.*
3. *Evicta re emptori actionem esse ob evictionem de pretio, non de sumptibus ab eo in eam rem factis, si rem possidens his non receptis rem restituit.*
4. *Uxorem militis rem suam per absentiam mariti & suam usucaptam recipere posse, sed non nisi oblato pretio: & cur.*

1 EMptor † rem alienam emit, in eaque excolenda & meliore reddenda sumptus fecit. Si exsistat dominus, qui rem suam vindicet ab emptore, & emptor a domino servare velit ea, quæ eius rei nomine sibi absunt, ut sumptus in eam rem factos, & præterea rei pretium: constituitur hoc loco, quid de his consequi ab illo possit. Et de sumptibus scriptum hic est, iudicem, qui de proprietate cognoscit, iussurum hos emptori restitui, quos quidem ad meliorandam rem erogatos esse constiterit. Nempe ideo, quia eos consequi emptor a domino rem suam vindicante debet. At quo iure, cum ei hi sumptus non debeantur? nihil enim cum domino contraxit, neque in his sumptibus faciendis negotium domini gessit. *L. si in area, D. de cond. ind.* Et certum est, hos non deberi ne emptori quidem bonæ fidei: quamobrem & re restituta nulla illi de his competit actio. Sed rem adhuc possidens eos servat per retentionem rei, opposita doli mali exceptione. *L. sumptus, D. de rei vind. L. si quis sciens, supr. de rei vind.* Doli exceptio ex eo est, quod dominus, qui petit sibi rem restitui non refusis sumptibus, quibus rem suam meliorem consecutus est, petit, ut locupletior fiat cum iactura emptoris. Hoc autem natura iniquum. *L. nam hoc natura, D. de cond. ind.* Iam vero facit dolo, eoque & exceptione doli mali removetur, quisquis subtilitate iuris nixus contra æquitatem naturalem aliquid petit, *L. 1. de dol. mal & met. exc.*

Quod ad † pretium rei emptæ attinet, 2 non tantum de eo conveniri non potest actione is, qui rem evincit, quod hic scriptum est: sed nec adversus eum id serva-

ri

ri ulla exceptione. Nam sumptuum de quibus dixi, utilitas ad dominum redit: pretium autem ad eum non pervenit: ut sit iniquum dominum id dependere, quod non accepit, & cuius nomine multo minus se obligavit. Ideo recte generaliter definitum est, unumquemque dominum rem suam recte vindicare etiam a bonæ fidei possessore, quanvis non oblato ei pretio. *L. mater, in princ. L. si mancipium, supr. de rei vindicat. L. 2. supr. de fur.* Neque hoc aliter fit unquam, quandiu is, qui iure dominus est, rem suam vindicat ab eo, a quo pretium non accepit. Sane si pretium in rem domini versum sit: hic eadem exceptio domino obstabit rem suam non oblato pretio vindicanti: ut sit, cum emptor emit a domino, sed pretium solutum est creditoribus iis, quibus id prædium a domino obligatum erat: *L. emptor, D. de rei vind.* aut cum emptor emit a vero domino, qui alienandæ rei potestatem non habuit, puta prædium a minore, & pretium in rem minoris versum est, ac deinde minor rem suam vindicat. *L. utere, supr. de præd. min.*

3 Sed † quod pretium rei evictæ emptor a domino servare non potest, id consequi potest a venditore ita, ut de eo etiam ultro actionem habeat, qua ille recte conveniatur, quod hic positum est in extremo. De pretio rei evictæ hoc tantum dictum est hoc loco, posse scilicet auctorem de eo conveniri. Consulto: de pretio enim rei evictæ conveniri potest, non etiam de sumptibus ab emptore in eam rem factis. *L. idque. §. 1. D. de act. em.* Idque efficitur ex iis principiis, quæ posuimus in *L. emptor, sup. hoc tit.* Nam si emptor non consequitur sumptus a se factos opposita doli mali exceptione, necesse est aut culpa eius evenire, aut iniuria iudicis: culpa, si exceptionem doli non opposuit; iniuria iudicis, si opposuit, & iudex non habuit eius exceptionis rationem, quod eum facere oportebat. *d. L. sumptus, D. de rei vind.* Utrum autem horum acciderit, venditor emptori non tenetur. *L. emptor, sup.* Sed recte monemur in *d. L. idque, §. 1.* hoc tantum pertinere ad eum emptorem, qui possidebat, eoque per retentionem rei opposita exceptione sumptus servare a domino poterat; non pertinere ad eum, qui non possideret: puta ad eum, qui cum non possideret, rem vindicavit, & eo iudicio victus est. Quippe hoc casu nihil est, quod imputetur emptori, si sumptus in rem venditam factos consequi a possessore non potuit. Ut enim supra diximus, nullam habuit actionem emptor de his sumptibus: retentionem vero multo minus, ut qui rem non teneret. Secundum quam sententiam recte vulgo accipitur *L. controversia, sup. eod.*

Quod † supra dixi, quemvis dominum 4 rem suam recte vindicare, etiam non oblato pretio, dummodo vere dominus sit, id eo adiectum est: quia in uxoribus militum, quæ diu absfuerunt cum maritis, dum militiæ operam dant, ius constitutum est: ut si per eam absentiam uxores militum aliquid de rebus suis amiserint, dum res usucapiuntur, non minus restituantur in integrum ad res usucaptas vindicandas, quam restituerentur ipsi milites, si quid per eandem absentiam de rebus suis amisissent. *L. 1. supr. de uxor. mil.* Sed hac lege, dum pretium refundant, *L. ult. sup. de uxor. mil.* Non mirum, quoniam & hic ius singulare tributum est ei quæ vere domina non fuit iure, adversus eum, qui dominus esse cœperat per usucapionem: quam ob caussam visum est & beneficium ita temperari, ut sine damno possessoris eiusdemque novi domini contingeret.

Ad L. Si cum quæstio. 17.

Iidem AA. Mutiano.

Si cum quæstio tibi super eo quem comparaveras, movetur, auctorem tuum certum fecisti, nec citra iudicis disceptationem eum quem emeras, tradidisti: præses provinciæ in damnis, quæ te tolerasse meministi, medelam iuris adhibebit. PP. V. Id. Novembr. ipsis IV. & III. AA. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Evictio quibus conditionibus præstetur emptori.*

1 Re † vendita emptori ablata venditor eo nomine illi tenetur his conditionibus: si controversia mota emptor venditori denuntiaverit, ut ad agendam caus-

sam adesset, si videtur; & praeterea si non sponte rem restituerit petenti, sed iudicio & sententia iudicis victus, ut sit ea, quae dicitur evictio: de quibus diximus initio huius tituli, & summa ad istam sententiam hic comprehensa est.

Ad L. Si status, 18.

Iidem AA. & CC. Eutychio.

Si status tibi super homine venundato mota quaestio est: solemnibus quae iuris admittit ratio, interpositis: si secundum libertatem fuerit lata sententia, poteris de evictione eius quem comparaveras, si nesciens eius conditionem comparasti, sine aliqua dubitatione auctorem vel eius fideiussores, heredesve eorum convenire. Quod si fuisse servum sententia declaraverit, intelligis ad venditorem te reverti non posse.

SUMMARIA.

1. *In lite evictionis re secundum emptorem iudicata, ac proinde re non evicta, nullam actionem esse emptori adversus venditorem, ne de sumptibus quidem in ea lite factis.*
2. *Bartolus in eo reprehensus.*

HOc rescriptum quatuor continet. Primum, homine vendito in libertatem evicto non minus teneri venditorem emptori ob evictionem, quam si evictus esset ob id, quod alienus esset, aut pignori obligatus: idem scriptum est in *L. sive in libertatem, sup.* Secundum, ita demum emptorem actionem ob evictionem habere, si nesciens, qualis res esset, comparaverit. Scienti evictio non praestatur. *L. si fundum, inf.* de quo *ad L. 6. sup. eod.* Tertium, ob evictionem obligari quatuor: venditorem, venditoris heredes, fideiussorem, item & heredes fideiussoris, de quibus diximus *ad L. exceptione, sup.* Quartum † singulare est, & praecipue notandum, quod est in extremis verbis rescripti: si in controversia, quae de re vendita mota est, secundum emptorem iudicatum sit, vel dum dominus pronuntiatur, vel dum absolvitur ideo, quod petitor de suo iure probare non potuit, toties emptorem adversus venditorem reverti non posse: non dico ob evictionem, quod stultissimum esset hic monere, cum certum sit hoc casu rem non evinci; sed ob omne aliud damnum, quod emptor propter litem motam passus est; ut puta, non posse de sumptibus in ea lite factis venditor conveniri, quod recte Accursius ex his verbis censuit. Sed eius sententia reprehenditur a Bartolo in *L. 1. supr.* cuius reprehensionis ille quasdam rationes adfert, de quibus postea.

Nos autem statuamus nihil esse verius, quam re emptori non evicta emptorem nullam adversus venditorem actionem habere, ne de sumptibus quidem litis, quod evidentibus locis & certissimis rationibus confirmatur. Loci in hanc sententiam hi sunt. Primum hic, ubi apparet non de actione ob evictionem responsum esse, siqui dem constabat nullam esse evictionem; sed de actione aliorum damnorum nomine, quae emptori ob litem motam contigissent. Praeterea *L. ex empto in pr. & L. servus quem, §. ult. D. de act. empt.* quibus in locis clare scriptum est, venditorem emptori re vendita tradita non teneri, nisi ob evictionem dumtaxat; vel quod idem est, non teneri, si emptori habere liceat. Licet autem emptori habere, quandiu res non est evicta. *L. habere, D. de evict.* Rationes autem in hanc sententiam multo certiores sunt hae. Primum iniuria emptori facta venditorem contingere non debet, *L. si per imprudentiam, in pr. D. eod.* Quod autem controversia facta est ab eo, contra quem sententia lata est, aperte in eo facta est iniuria emptori, ut scientia declaravit. Proinde haec iniuria venditorem non attinget, idest, si quod ex ea iniuria emptori damnum est, id venditor praestare non debet. Deinde emptione non contracta certum ius est, omne periculum in re vendita ad emptorem pertinere. *L. necessario, D. de per. & com. rei ven. §. cum autem, Inst. de empt. & vend.* In hoc autem periculo & incommodo rei, sive in casibus fortuitis, quae circa rem contingunt, est vis aut iniuria, quae emptori ab aliis infertur. *L. ad eos, D. comm.*

D. comm. Quare & huius iniuriæ periculum atque incommodum ad emptorem pertinere debet. Postremo casus futuros post emptionem contingentes certum est ad venditorem non pertinere. *L. Lucius, D. eod.* Iam vero hæc controversia, quæ incidit adversus emptorem post emptionem contractam, non incidit ex caussa præcedente, quam constitit petitorem nullam habuisse. Non igitur hunc casum, & si quid ex eo damni est, præstat venditor. Non me movent, quæ contra afferuntur.

2 Bartolus † ita argumentatur: venditor præstare debet emptori ut rem venditam illi habere liceat, quod & verum est. *L. ex empto, §. venditorem, D. de act. em.* At, inquit, qui promisit emptori habere licere, is tenetur emptori ob sumptus in litem factos, si controversia emptori mota fuerit. Hoc vero negamus: & aperte falsum est, ut quæ ante dilleruimus, convincunt. Nam indignum est relatu, quod ille adfert ad probationem: dum id scriptum esse ait in *L. stipulatio ista, in pr. in glos. magna, de verb. obl.* Nos æque Accursium in eo falsum esse dicimus, ut & Bartolum hoc loco. Plus probabilitatis habet altera ratio, qua illic utitur. Ait, controversia emptori mota venditorem debere emptorem defendere. Admittimus ex *L. si plus, antep. §. mora, D. eod.* de quo constat ex his, quæ diximus ad *L. emptor, supr.* At qui defendere debet, nisi defendat, tenetur in id, quod emptoris interest. Et hoc verum est. Ergo, inquit, venditor ob sumptus in litem ab emptore factos tenetur. Non recte colligit. Venditor enim defendere quidem debet: sed non suis sumptibus, verum emptoris; nec difficile est intelligere ex eo, quod constat, re vendita omne commodum & incommodum rei ad emptorem transire. Retinebimus igitur definitionem huius loci, quæ dilucide non de evictione, sed de sumptibus in litem factis scripta est.

Ad L. Si obligata. 19.

Iidem AA. & CC. Theodoro.

Si obligata prædia venundedisti, & longi temporis præscriptione solita emptores se tueri possunt: evictione periculum timere non potes. S. II. Kal. Maii, AA. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Emptori exceptione temporis postea quæsita venditorem omni periculo evictionis deinceps liberari.*

Prædia, quæ pignori obligata erant, vendita sunt. Ea emptor possedit decem annos inter præsentes, aut viginti inter absentes sine ulla interpellatione eorum creditorum, quibus erant prædia obligata. Ea possessione emptor sibi præscriptionem longi temporis paravit, qua tutus removere possit creditores postea pignus persequentes *L. 1. L. 2. supr. si adv. cred. præscr. opp.* Ita factum est, ut emptori, qui hac exceptione defenditur, iure rem habere liceat, eoque nec possit res ei iure evinci. Hoc posito quæsitum est, si nihilominus post longum tempus creditores adversus emptorem hypothecaria actione agant, & emptor denuntiet venditori, ut ad agendam caussam adsit: utrum venditor defendere debeat emptorem, & nisi defendat, utrum re a creditoribus evicta teneatur ei ob evictionem.

1 Hic † rescriptum est, superiore præscriptione emptori semel quæsita venditorem periculum evictionis timere non posse. Quo significatur neque venditorem cogi adesse ad defendendum emptorem, neque eum re evicta emptori teneri. Hoc consequens est iis, quæ de caussis evictionis non præstandæ diximus ad *L. emptor, supr. hoc tit.* Nam si emptor præscriptionem longi temporis creditoribus opposuit, & iudex habita ratione præscriptionis emptorem absolvit: palam est eum ob evictionem actionem habere non posse, cum res non sit evicta. *L. si status, sup.* Quod si emptor præscriptione longi temporis usus non est, aut cum usus esset, nihilominus iudex præscriptionis rationem non habuit, eumque condemnavit: idcirco necesse est eum actionem ob evictionem non habere, quia culpa eius est, si præscriptionem non opposuit: iniuria iudicis, si is præscriptionis oppositæ rationem non habuit. Utrunvis autem factum sit, venditor emptori non tenetur.

Digitized by Google

Ad L. Si parentes. 20.

Iidem Augusti & CC. Solidio & aliis.

Si parentes vestri mancipia venundederunt, & quæstio dominii mota est: emptoribus adesse, ac defendere caussam non prohibemini. Quod si eis hæc etiam evicta sunt, instauratio litis ex. persona vestra, si appellationem non interposuistis, contra ius desideratur. Empti sane iudicio pro evictione si conveniri cœperitis, nec vobis negotium, ut defendatis, denuntiatum probetur: intelligimus quatenus vosmetipsos tueri debeatis. VI, Kalendar. Iul. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Venditorem non appellatum ab emptore, ut ad agendam caussam adsit, non cogi adesse: sed nihilominus posse adesse, ac defendere vel invito emptore.*
2. *Defendente venditore si res evicta sit, emptorem de eadem re agere non posse, nec ex persona venditoris, nisi ab eo appellatio sit interposita.*
3. *Venditorem, cui denuntiatum non est, ut ad agendam caussam adsit, quamvis defensionem ultro susciperet, re postea evicta, non eo magis ob evictionem teneri.*

EX *L. emptor*, & similibus locis superioribus intelligimus, si venditori denuntiatum non sit, ut emptori ad agendam caussam adsit, venditorem non cogi emptorem defendere, neque re evicta ob evictionem teneri. Hinc tria quæsita sunt, de quibus ius constituitur ordine hoc rescripto.

1 Primum, † an quanvis non cogatur venditor adesse, & caussam defendere; tamen possit, si velit, ultro id facere. Et placet eum non prohiberi. Quod sic accipiendum est: ut possit venditor caussam defendere & absente emptore sine mandato, & præsente eo quanvis invito. Absente emptore potest, quoniam omnibus licet iure publico absentem, sine ullo mandato defendere. *L. servum*, *§. publice*, *D. de procur.* Etiam præsente & invito potest duabus de caussis. Primum, quia licet cuivis alterius conditionem etiam inviti meliorem facere. *L. solvendo*, *D. de neg. gest.* Deinde, quia caussa de proprietate rei venditæ quodammodo ad venditorem pertinet: ut videatur interesse eius, eam caussam instruere & defendere. Pertinet enim ad eius existimationem intelligi ab omnibus ipsum in ea venditione bona fide versatum esse. Ea res facit, ut quanvis emptor nolit admitti defensionem venditoris, tamen iudicis officium sit eam admittere: & nisi admiserit, iusta sit caussa ab eo provocandi, quia reiecerit in caussa, quod ex iure recte in caussa fieri potuit.

2 Seqnens † quæstio est, si defendente ultro venditore nihilominus res evicta sit; utrum emptor possit iterum de eadem re agere ex persona venditoris. Movet dubitationem, quod sententia adversus emptorem lata est: res autem inter alios acta, aut iudicata aliis non nocet, puta venditori, eiusve heredibus. *L. sæpe*, *D. de re iud. res inter alios actas, supra.* Et placet, si venditor appellarit, adhuc agi posse ex appellatione. Potest autem appellare venditor, sive in caussa adfuerit, ut defenderet; sive non adfuerit, quoniam eius interest, *L. ab exsecutore*, *§. 1. D. de appell.* Cæterum non interposita appellatione, ex persona venditoris eadem lis instaurari non potest, ut hic cautum est: non quod venditori noceat sententia adversus emptorem; dicta, sed quod venditor nihil iuris in re habeat, ut proinde ex persona & iure eius agi non possit. Nam si ante venditionem nihil habuit iuris in re vendita, ne nunc quidem habeat ex antecedente caussa. Quod si habuit: id rem emptori tradendo in emptorem transtulit, transferendo amisit. *§. per traditionem*, *Inst. de rer. divis.* Tertium † quæritur, 3 si emptor eandem litem instaurare non potest: possitne saltem agere ob evictionem adversus venditorem, qui in lite defensionem susceperat, quasi videatur eo facto etiam evictionis periculum suscepisse? Et significatur in extremo, venditorem propter defensionem ultro susceptam non teneri ob evictionem, si ei ab emptore denuntiatum non sit, ut adesset: adeo verum est, quod dicitur in *L. emptor*, & *L. seq. sup.* venditorem, cui denuntiatum non est, ut ad agendum caussam adsit,

sit, ob evictionem non teneri. Et recte: non enim debet ei nocere, quod ultro accessit ad defensionem caussæ, quanvis non interpellatus: nam in eo officium præstitit emptori utile, sibi minime necessarium, posteaquam illi denuntiatum non erat. Nulli porro debet officium suum esse damnosum. *L. si servus, §. quod vero, D. de fur.*

Ad L. Empti. 21.

Iidem AA. & CC. Heliodoro.

Empti actio longi temporis præscriptione non submovetur, licet post multa spatia rem evictam emptori fuerit comprobatum. Si itaque is, quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamet: interpellare venditorem, sive successorem eius debes, ut tibi assistant, caussamque instruant. Quem si liberum esse, vel servum non esse, fuerit pronuntiatum: nec te conventione remisisse periculum evictionis fuerit comprobatum: præses provinciæ, si res integra est, quanti tua interest, restitui tibi providebit. S. XI. Kal. Aug. Serdicæ. AA. Coss.

SUMMARIA.

1. *Actionem ob evictionem non ante cedere, quam res evicta sit, ideo nulla præscriptione præcedentis temporis, quanvis longissimi, excludi.*

2. *Emptorem non diu possidendo rem emptam, sed possessione præscriptionem acquirendo actionem de evictione amittere.*

HOmo liber pro servo venditus est, & triginta annos possessus ab emptore, tandem cum de suo statu cognovisset, proclamavit in libertatem, & iudicio liber pronuntiatus est. Emptor servo evicto cum omnia fecisset in lite, quæ emptores facere convenit, & evictionis periculum non remisisset: agit adversus venditorem ob evictionem actione ex empto, quæ in hanc rem competit. *L. si tibi, infr.* Venditor se tuetur præscriptione longi temporis triginta anoorum, quod dicat post triginta annos, quam venditio perfecta est, secum agi non posse. Defendi videtur in hac re iis constitutionibus, quibus cautum est, ne actio in personam excedat triginta annos. *L. sicut, supr. de præsc. trig. vel quad. an. L. 1. §. ad hæc, supr. de ann. excep.* Est autem empti actio in personam. Quæstio, an empti actio ob evictionem ad superiores constitutiones pertineat, ac propterea summoveatur præscriptione longissimi temporis. Rescriptum est hoc loco
1 non summoveri. Et recte: nam † superiores constitutiones locum habent in iis actionibus, quæ semel natæ sunt: ut scilicet ex quo tempore competere cœperunt, exinde etiam cedere incipiat præscriptio. Sic enim verba sunt dictæ *L. 1. §. ad hæc, supra, de annal. excep.* At non est in hoc numero actio ex empto ob evictionem. Cum enim non competat, nisi sub condictione, si res evicta sit: *L. 1. L. evicta, D. eod.* priusquam hæc conditio extiterit, neque venit, neque cessit huius actionis dies: denique nulla fuit actio. *L. cedere, D. de verbor. signific.* Ex quo intelligitur hanc actionem ante evictionem superioribus constitutionibus non contineri. Quapropter recte respondetur in proposita specie: quanvis post triginta aut quadraginta annos servus in libertatem evincatur, tamen cum actio de ea evictione nunc primum nasci cœperit: emptorem præscriptione temporis non impediri, quo minus ob evictionem ex empto recte agat. Sed videtur obstare huic sententiæ *L. si obligata, sup.* ubi emptor cum proponatur prædium pignori obligatum diu possedisse: idem eodem tempore dicitur amittere actionem evictionis nomine.

Sed † non si in ea specie post longam 2
possessionem emptor actionem ob evictionem amittit, ideo id contingit propter longam possessionem. Contingit ideo, quia emptor diu possidendo præscriptionem acquisivit adversus creditores, qua præscriptione tutus consequitur id, quod habere debet, nempe ut sibi habere rem liceat. At hic ubi proponimus hominem liberum venditum esse, etsi is homo diu pos-

possessus sit ab emptore, tamen non ideo emptor ullam præscriptionem acquisivit adversus eum, ut eius libertatem usucaperet: quoniam adversus libertatem nulla præscriptio quanvis longissimi temporis valet. *L. ult. supra, de long. temp. præs. quæ pro liber.* In summa emptor ob solam longam possessionem rei emptæ actionem ob evictionem non amittit, ut hic declaratur: quod secus fit acquisita emptori præscriptione ad tuendam rei traditæ possessionem, ut in specie *L. si obligata, sup.* Quod in hoc rescripto adiicitur de denuntiatione, id ipsum est, de quo dictum est ad *L. emptor & L. si controversia, supr.* Quod dicitur de remissione periculi evictionis, a nobis expositum est ad *L. 6. supr.* Quod dicitur evictionis nomine actionem esse in id, quod interest, exponetur ad *L. si tibi infra.*

Ad L. Cum tibi. 22.

Iidem AA. & CC. Iulio.

Cum tibi liberum venundatum fundum ab actore proponas: si ex antecedente obligatione, quod debebatur, iure solvisti: stipulationem, quam subiectam emptioni de indemnitate proponis, ipsius conceptio commissam manifeste declarat. S. VII. Kal. Sept. Viminacii AA. Coss.

FUndus venditus est liber ab omni nexu pignoris. Sive aperte dictum est, sive de eo nihil dictum est, semper hac lege fundus vendi intelligitur, ut declarat *L. ex his prædiis, supra.* Emptor casus fortuitos metuens stipulatus est a venditore, si appareret postea rem alienam aut pignori obligatam esse, & aliquid ob eam rem amisisset, se indemnem præstari: venditor stipulanti promisit. Tandem exstiterunt creditores venditoris, quibus fundus pignori obligatus erat, qui fundum ab emptore eodemque possessore peterent actione hypothecaria. Emptor iudicii eventum metuens illis solvit, quod debebatur, ut sic fundum retineret. Eam summam nunc a venditore repetit. Quæritur, an venditor eo nomine possit conveniri. Movet quæstionem, quod emptor non exspectata sententia iudicis ultro solvit creditoribus. Supra autem effectum est, emptorem evictionem, atque adeo ullo modo actionem ex empto adversus venditorem non habere, si rem non expectata iudicis sententia restituerit, *L. si cum quæstio, supr. L. utique, D. de rei vind.* de quo etiam initio tituli diximus. Et placet hoc loco emptorem de ea summa a se soluta cum venditore agere posse: non ex empto, ne quis superiora nobis obiiciat; sed ex stipulatione, quam supra interpositam proposuimus. Hæc enim, inquiunt Imperatores, commissa est, idest, eius conditio exstitit ita, ut iam ex ea agi possit. *sub §. conditione, Instit. de verb. oblig.* Id declarat huius stipulationis conceptio, qua venditor promisit se emptorem indemnem præstiturum, si quid emptor amisisset propterea, quod res pignori obligata esset. Hæc autem pecunia, quæ soluta est ob eam caussam, illi amissa est ob id, quod fundus fuit creditoribus obligatus. Nam creditores hypothecaria agentes alterutrum a possessore consequi debent: aut quod sibi debetur, aut ut pignus restituatur. *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pig.* Recte igitur ex hac stipulatione etiam ante evictionem agitur.

Ad L.

Ad L. Cum successores. 23.

Iidem AA. & CC. Eustochiæ.

Cum successores etiam venditoris pro evictione teneri possint: si velut obligata sibi respublica Thessalonicensium pignoris instituat iure persequi, quæ comparasti: auctoris heredibus quocunque gradu constitutis adsistere negotio denuncia. Quod sive præsentibus his fundus, quem emisti, fuerit evictus, sive absentibus: postea, quanti tua interest rem evictam non esse, teneri, non quantum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est. S. II. Kal. Ian. Sirmii AA. Coss.

S U M M A R I U M.

1. *Evicta re venditorem ob evictionem teneri, quamvis in re defendenda omnia fecerit, quæ ad iustam defensionem pertinebant.*

CUM res emptori iure evicta est, & venditori recte denuntiatum, ut ad agendam caussam adesset, venditorem ob evictionem teneri constat: traditum in *L. 6. sup.* Hic adiicitur, quod notandum est, venditorem hoc casu teneri, sive ipso absente res evicta sit, sive præsente. Si eo absente res evincatur: nulla dubitatio, quin teneri debeat, quia manifesta eius culpa est, quod rem non defendit.

1 At † cum ipse caussæ agendæ adfuit, & omnia fecit, quæ ad defensionem pertinebant, ubi apparet eum extra omnem culpam esse: merito dubitari potest, num hic etiam de evictione teneri debeat, cum nihil debeat iure præstare præter culpam. *L. 3. L. si vendita, D. de per. & com. rei vend.* Et placuit nihilominus eum teneri: optima ratione, quia præter diligentiam, quæ in re servanda ab eo exigitur, etiam rem ipsam debet. Quæ res facit, ut cum hic omnia adhibuerit, quæ illum a culpa vindicent, tamen necesse sit ideo cum in proposito teneri, quia id non præstet, quod debuit. Nam debuit rem idonee tradere, & præstare emptori rem habere licere. *L. ex empto, D. de action. emption.* Non est autem tradita, quæ non perseverat tradita esse, nec licet habere eam, quæ evincitur.

Ad L. Si post perfectam. 24.

Iidem AA. & CC. Eutychio.

Si post perfectam venditionem ante pretium numeratum rei venundatæ mota fuerit quæstio, vel mancipia vendita proclament in libertatem: cum in ipso limine contractus immineat evictio: emptorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, iuris auctoritate monstratur. Unde cum parte pretii numerata domus quam emisti, tibi velut pignoris iure obligatæ, ne ad emptionem accederes, denuntiatum ab aliquo proponas: iudex tibi, quæ ex emptione veniunt præstari providebit. S. VI. Kal. Feb. Sirmii, CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Ante pretium solutum mota proprietatis quæstione, non cogi emptorem pretium solvere, nisi ei satis offeratur a venditore.*
2. *In limine contractus imminere evictionem, quid sit.*
3. *Evictione imminente nondum ullam actionem esse emptori adversus venditorem non fraudulentum: sed emptorem tamen exceptione doli tutum esse, ne quid etiam venditori præstet.*
4. *Satis offerre quid sit.*
5. *Venditorem de evictione non cogi satisdare, verum & perpetuum; etsi interdum non cogitur pretium solvere sine hac satisdatione.*

TRaditur in *L. Iulianus, §. ex vendito, D. de act. em.* ex vendito adversus emptorem agi posse, ut pretium solvat, idque eum post rem traditam præstare

ſtare debere. Id cum ea exceptione accipiendum eſt, quæ hoc loco traditur: niſi ante pretium ſolutum lis mota ſit de proprietate emptori, aut niſi ſit ſaltem ei controverſia facta. Nam alterutrum ſatis eſt, ut conſtat ex principio huius reſcripti, & fine.

1 Ante † pretium ſolutum ſi controverſia emptori de re vendita fiat, non cogitur pretium ſolvere, niſi ei a venditore ſatis offeratur evictionis nomine, ut hic cautum eſt, & *L. pen.* §. 1. *D. de per. & com. rei vend.* Sed hoc, inquam, ſi ante pretium ſolutum dominii quæſtio mota ſit, ut eſt in *d.*

2 *L. pen.* vel, † ut hoc loco: modo *in limine contractus* immineat evictio, ideſt, periculum evictionis. Limen contractus accipere debemus, ingreſſum contractus. Ingreſſum autem totum illud tempus, quo nondum emptio ex utraque parte impleta eſt, id eſt, nondum res a venditore tradita, & pretium ab emptore numeratum. Proinde etſi poſt quinque pluresve annos ante pretium ſolutum lis moveatur emptori de re vendita, non cogetur venditori pretium ſolvere: quaſi & hæc evictio immineat in ipſo limine, ideſt, eo tempore, quo nondum omni ex parte venditio perfecta eſt, atque ita, quo cœpit tantum. Hoc autem, ne emptor pretium ſolvat hoc caſu, conſequitur exceptione doli mali oppoſita. *d. L.* 5. *ſup. hoc tit. L. pater.* §. *ex quadrante, D. de dol. mal. & met. exc.* Dolus venditoris in eo eſt, quod petat ab emptore pretium, cum ipſe quod debuit, recte non præſtaret: quæ poſtulatio eſt contra æquitatem naturæ, qua fit, ut quod quiſque in alterius perſona, æquum ſtatuit, ipſe in ſua quoque perſona valere patiatur. *L.* 1. *D. quod quiſ. iur.*

3 Cum † dicimus emptorem hoc conſequi exceptione, qua venditorem petentem ſummovet, apparet nihil nos contrarium dicere: *L.* 3. *ſup. hoc tit.* ubi placet, quanvis res vendita aliena ſit, aut pignori obligata, non ideo tamen eum, qui emit, convenire poſſe auctorem ſuum, quamdiu res non ſit evicta. Sane enim emptor venditorem convenire non poteſt eo nomine. Sed ſi quid a ſe petatur, non cogitur præſtare, ut hic conſtituitur.

Sed addita eſt exceptio hoc loco, *niſi emptori ſatis a venditore offeratur.* Quod ſi fit, emptor pretium ſolvere cogitur. Satis † offerre eſt, offerre ſatiſdationem. Satisdare eſt, emptori promittere, quod eius intereſt, ſi res evincatur, & amplius eo nomine fideiuſſores dare. Et in ſumma ſatiſdare eſt cavere de re aliqua fideiuſſoribus datis. *L.* 1. *D. qui ſatiſd. cog.* Itaque in hac re promiſſione venditoris fideiuſſores exiguntur ſupra ſcriptis verbis, ut apertius res definitur in dicta *L. pen.* §. 1. *de per. & com. rei vend.* 4

Quod dicitur, venditorem non conſequi pretium, niſi ſatiſdet evictionis nomine, non eſt contrarium ei, quod traditur in *L. emptori*, *D. eod.* venditorem ita duplam repromittere debere evictionis nomine, ut ſatiſdare non cogatur. Veriſſimum † hoc, & perpetuum, venditorem, 5 a quo cautio de evictione poſtulatur, non cogi ſatiſdare, quantumvis cogatur repromittere, neque id negamus hoc loco. Nam emptor, a quo pretium petitur, non petit a venditore, ut ſatisdet: ſed petit, ne ille pretium petat. Et vero ſi ſatisdationem poſtulet emptor evictionis nomine, eſt in venditoris poteſtate non præſtare, pretium non petendo. Petitione enim pretii remota, non eſt locus exceptioni, qua petitionem iſtam in hac cauſa ſummoveri dicimus. Porro emptor ſolam hic exceptionem habet ad eam ſatiſdationem obtinendam, ſi venditor pergat pretium petere: actionem ad eam rem nullam. Quæ ſi ita ſunt, apparet, quanvis imminente periculo evictionis, non poſſe tamen emptorem aliud a venditore conſequi, quam ut ne pretium ſolvere cogatur. Proinde ſi venditor pretium ab emptore non petat: non poſſe emptorem conſequi a venditore, quod ſua intereſt, id quod ex emptione præſtari ſolet. *L.* 1. *in princ. D. de act. empt.* Videtur tamen hoc negari in extremo huius reſcripti, ubi ita verba ſunt: *Si ab aliquo denuntiatum ſit emptori, ne ad emptionem accederet, iudicem proviſurum ei præſtari, quæ ex emptione veniunt.* Sed hæc adiectio, *quæ ex emptione veniunt*, rem expedit. Non enim venit præſtatio eius, quod emptoris intereſt, re nondum evicta. *L.* 3. *ſup. eod.* ſed nec ſatiſdatio evictionis nomine, niſi imminente periculo evictionis venditor pretium petat, ut hic cautum eſt, & *d. L. pen.* §. 1. *de per. & com. rei vend.*

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Si tibi. 23.

Iidem AA. & CC. Saturninæ.

Si tibi liberam Saturninus conditionem eius ignorans distraxit, ac nunc eam defendit in libertatem: hac libera pronuntiata, venditorem vel ex stipulatione duplæ, quantum in hanc deductum est, vel empti actione, quanti tua interest, convenire potes. S. Idib. Febr. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Venditori liberum hominem a se venditum in libertatem asserere licere, sive ignorans vendiderit, sive sciens: hoc favore libertatis.*
2. *Evictionis nomine duas esse actiones, ex empto, & ex stipulatione duplæ.*
3. *Ex empto actio ob evictionem cui, adversus quem & quam ob rem.*
4. *Id quod interest in actione ex empto quid contineat.*
5. *Sumptus in rem emptam factos emptorem a venditore ita consequi posse, si a domino eos servare non potuerit, & rem meliorem fecerit.*
6. *Quanti emptoris intersit rem non evictam, spectandum eo tempore, quo res evincitur, non quo vendita est: & quid referat illud potius, quam hoc spectari.*
7. *Duplæ stipulatio, quæ sit, & quid dupla.*
8. *Ex stipulatione duplæ quid dupletur: tum quando dupletur pretium, quanti res vendita est; quando æstimatio pro bonitate rei, quæ evicta est.*
9. *Bonitas partis evictæ cum æstimatur, eam bonitatem spectandam esse, quæ fuit, cum res vendita est, aut cum aliquid accessit fundo.*
10. *Simplæ quoque stipulationem esse, ut duplæ: quæ sit, & quibus in rebus venditis locum habeat.*
11. *Duplæ & simplæ stipulationis quis usus, cum competat actio ex empto in id quod emptoris interest, quod interdum multo plus continet.*
12. *Duplam emptori a venditore promitti debere: in eam rem esse emptori actionem ex empto, & quo exitu.*
13. *Duplam promitti debere in rebus pretiosioribus: & quæ sint huius generis.*
14. *Duplum non exigi in illis locis, in quibus moris non est eum exigi.*
15. *Duplæ & simplæ nudam repromissionem esse, non satisdationem.*
16. *Duplæ aut simplæ stipulatione interposita, licere emptori re evicta utra velit actione experiri, ex stipulatu, aut ex empto, prout sibi commodum esse statuet.*
17. *Ex stipulatione duplæ aut simplæ, quæ actio, cui, adversus quem, & ad quid.*

HOc rescriptum tria complectitur. Primum huiusmodi: Evictionis nomine venditorem teneri, sive sciens rem alienam aut pignori obligatam, aut liberam vendiderit, sive ignorans. *L. ex empto, L. si servus quem, §. ult. D. de act. empt.*
1 Alterum est, † Libero homine vendito licere venditori adversus emptorem eum hominem a se venditum in libertatem defendere. Singulare ius propter libertatem: cum alioqui placeat venditorem vindicantem eam rem, quam vendidit, exceptione doli mali summoveri posse, *L. vindicantem, D. eod. tit.* Hic significatur venditorem id facere posse, si ignorans mulierem liberam vendidit. Dicimus idem eum facere posse, etsi sciens vendiderit. Nam qui ignorans vendidit, non minus dolo facit vindicando rem quam vendidit, quam si sciens vendidisset. Unde semper exceptione doli summovetur, *d. L. vindicantem.* Sed hoc in libero tantum homine vendito receptum est: primum favore libertatis, quæ omnibus rebus favorabilior esse dicitur in *L. libertas omnibus, D. de regul. iur.* deinde, quia cum libera defenditur in libertatem, magis ipsa agere videtur, quam venditor, qui tantum defensoris officio fungitur, non vindicantis: vindicat enim non sibi, sed liberæ.

Tertium pertinet ad eas actiones, quæ evictionis nomine competunt: de quibus breviter dicemus. Quando re evicta actio sit emptori adversus venditorem, initio huius tituli diximus. Hoc † constituto 2
actionem emptori eo nomine esse, quæritur, quæ sit actio. Hæ duæ sunt rescripto hoc comprehensæ: actio ex empto, & actio ex stipulatu de dupla, sive ex stipulatione duplæ: adde etiam ex stipulatione simplæ. Actio † ex empto re evicta sem- 3
per competit ob evictionem. *L. 6. sup. hoc. L. ex empto, D. de act. empt.* Hæc actio emptori datur, ut hic significatur, *d. L. ex empto, D. de act. empt.* Datur adversus venditorem maxime: sed & adversus omnes, qui evictionis nomine obli-

gantur, in quo numero sunt fideiussores, & heredes tum venditoris, tum fideiussoris. *L. emptor*, *L. si controversia*, *L. si statas*, *sup. eod.* Unde circa venditorem illa quæstio: pignoribus auctoritate magistratus ex caussa iudicati distractis quis sit venditor, ut iis rebus evictis ob evictionem conveniri possit; de quo *ad L. si ob caussam*, *sup.* Competit hæc actio in id, quod emptoris interest, ut hic expressum est. Addere oportet, in id, quod emptoris interest rem evictam non esse, ut est in *L. cum successores*, *sup.* item
4 in *L. evicta*, 70. *D. eod.* Id † quod interest ita definitur Paulo: quod nobis abest, quodque lucrari potuimus. *L. si commissa*, *D. rem. rat. hab.* Unde intelligimus venditorem emptori teneri ob evictionem actione ex empto in id quod abest emptori ob eam caussam, quod res evicta est, & quod lucrari potuisset, si res evicta ei non esset. His verbis hæc continentur: non pretium rei duntaxat, ut est in *d. L. cum successores*, *sup.* & *d. L. evicta*, *D. eod.* sed æstimatio rei venditæ, quæ interdum longe pretium excedit. *L.* 1. *in princ.* *D. de act. empt.* accessiones rei, & quæcunque per occasionem rei venditæ obtingere potuerunt: quibus ideo caret emptor quia rem habere ei non licet: eiusmodi sunt fructus agrorum, animalium fœtus, ancillarum partus, quæ alluvione fluminis accesserunt, ususfructus qui ad proprietarium emptorem rediit, item si qua hereditas per servum venditum obtingere potuit, qui heres erat institutus. *L. venditor*, *D. eod.* Adde damna impensarum, quas fecit ipse de suo in rem emptam, ut melior fieret, quæ ideo illi perierunt, quia res evicta est: de quibus in *L. si cum quæstio*, *L. si controversia*, *supr. eodem*.

5 Sed † in his sumptibus duo præcipienda sunt: primum non aliter eos consequi emptorem, quam si a domino, qui rem evincit, eos servare non potuerit, ut diximus ad *L. super*, *sup. hoc tit.* Hoc amplius non aliter eum consequi, quam si, non dico, fecerit eo consilio, ut res esset melior: sed re ipsa rem meliorem fecerit. Meminisse enim semper oportebit, nihil amplius consequi posse emptorem, quam quod sua interest rem evictam non esse: proinde nihil nisi quod ei abest, ob id quod res sit evicta, iam vero si sumptibus ab emptore factis res melior facta non est, non absunt ei hi sumptus propter evictionem: cum & sine evictione iam ei perissent.

Ut autem actio ex empto competit in id, quod emptoris interest: ita semper hoc addendum est, competere ius id, quod eius interest rem evictam non esse. *d. L. cum successores*, *supr.* Quod † hanc 6
sententiam habet: ut in æstimandis damnis emptoris, & æstimando eo quod ei abest, denique in æstimatione rei emptæ facienda tempus spectandum sit non illud, quo res vendita est, ut æstimemus, quanti tum res fuit; sed illud, quo res evicta est, ut tantum præstetur, quanti tum fuit. Ex quo duo sunt consequentia. Primum, ut si post venditionem perfectam valde crevit rei venditæ æstimatio, vel quia exculta est ab emptore vel quia accessionibus naturalibus aucta est, vel quia aliquid accrevit per alluvionem, & ea fuerunt tunc, cum res evicta est: sciamus horum omnium æstimationem emptori præstari debere, quia est id, quod habere posset, quod nunc ideo non habet, quod res evicta est. dicta *L. evicta*, 70. *D. eod.* Alterum, ut si res post venditionem non culpa venditoris multis partibus imminuta est, debilitata, fracta, rupta, ut multo pluris fuerit, cum vendita est, quam nunc est, cum evincitur: nihil amplius præstare debeat venditor emptori, quam quod nunc est, *d. L. evicta*, 70. Et hoc postremum ideo, quia quæ ita perierunt, casu perierunt: casus fortuiti periculum emptione contracta ad emptorem, non ad venditorem pertinent. *§. cum autem*, *Institut. de empt. & vendit.* Deinde perierunt illa, sed evicta non sunt: venditor tantum ob evictionem tenetur. Hæc de actione ex empto.

Est præterea, ut diximus, evictionis nomine actio ex stipulatione duplæ adversus venditorem. Sed prior actio semper competit: actio ex stipulatu tunc solum, cum stipulatio interposita est. Videndum, quid sit stipulatio duplæ: tum, quæ sit necessitas huius stipulationis interponendæ, ne frustra de ea hoc loco agatur. Stipulatio † duplæ in emptione est, qua vendi- 7
tor emptori stipulanti promittit rem emptori habere licere, & nisi habere liceat, duplam. *L. habere*, *L. evicta*, 16. *§.* 1. *D. eodem.* Dupla hic idem valet quod duplum. Duplæ stipulatio est dupli stipulatio, indicat *L. penult. infr.* ubi emptor dicitur duplum stipulari, pro duplam: item *L. vindicantem*, *D. eod.* ubi dicitur emptor ex stipulatione duplæ duplum consequi. Non consequitur autem, nisi quod in stipulationem deductum est. Erat igitur duplum deductum in stipulationem. Idem significatur, cum dicitur: nisi venditor duplam promittat emptori, condemnari eum

dupli,

dupli, in *L.* 2. *D. eod.* Non condemnatur, nisi eius rei nomine, quam præstare debuit *L. ult. supr. de fid. lib.* Itaque apparet duplam a veteribus ita dictam esse, ut intelligeretur eo verbo quantitas, sive æstimatio eius rei, quæ vendita est. Duplum nullum est natura, nisi ad rationem simpli: & quantum simplum est, tantum duplum esse oportet pro portione.

8 Quæritur † igitur, quid hic dupletur, ut intelligamus, quantam duplam esse hic velimus. Et interdum duplatur pretium rei, quanto res distracta est; interdum æstimatio pro bonitate eius rei, quæ est evicta. Pretium duplatur, quoties aut res tota evicta est, aut pars quidem, sed in quam certum pretium dictum est. *L. si fundo, D. eod.* Idem est, & si pars pro indiviso evicta sit. *L.* 1. *L. ex mille, D. eod.* Ex bonitate autem rei evictæ simplum æstimandum est, cum de dupla quæritur, quoties pars certa evincitur, de cuius bonitate constare potest, & in eam partem pretium separatim non est constitutum. *d. L.* 1. *D. eod.* Differentiæ ratio est: quod cum pretium certum constitutum est in rem evictam, tum promittitur dupla æstimationis eius, quæ constituta est rei venditæ: ea autem est pretium. *d. L. si fundo, D. eod.* Sed etsi constare non possit, utrum pars quæ evicta est, pretiosior sit cæteris quæ evictæ non sunt: ibi quoniam de bonitate partis evictæ quæri non potest, res eo deducitur, ut necesse sit, aut nihil, aut tantum pretium ab initio constitutum spectari pro portione: quod contingit tunc, cum pars pro indiviso evicta est. Nam pars pro indiviso non apparet, intelligitur tantum, quippe quæ per totum fundum fusa est. At cum pars certa evincitur, in quam nullum pretium separatim constitutum est, non possumus in ea æstimanda id pretium sequi, quod dictum non est. Ita relinquitur, ut æstimetur pars ex sua bonitate.

9 Bonitatem † autem hic partis evictæ longe ex alio tempore æstimamus quam cum æstimatur bonitas actione ex empto, cum agitur ob evictionem in id, quod interest. Nam id, quod interest rem evictam non esse, æstimatur ex eo tempore, quo res evincitur: ideo & illius temporis bonitas & æstimatio spectatur: quæ si nulla nova esse cœpit post contractam emptionem, aut si magna ex parte imminuta est, eatenus non æstimatur. *L. evicta,* 70. *D. eodem.* At in stipulatione duplæ cum de bonitate partis evictæ æstimanda agitur, eam bonitatem spectamus, quæ fuit, cum res vendita est, aut cum aliquid accessit fundo vendito: non autem quæ est eo tempore, quo res evincitur. *L. bonitatis, & LL.* 2. *seqq. D. eod.* Differentiæ ratio ex iis rebus, de quibus hæ actiones constitutæ sunt, non difficile intelligitur. Actio ex empto ob evictionem competit de eo, quod evictum est: nec aliud persequitur, quam id, quod interest rem non evinci: ut necesse sit in eo id tempus ipsum intelligi, quo res evicta est. At actio ex stipulatione duplæ id petit, quod in stipulationem deductum est, ut in hac *L. si tibi*, dicitur. Deducta est autem dupla eius temporis, idest, eius, quo stipulatio interponebatur. Proinde in ea æstimanda id tempus spectandum est.

Sciendum † est autem, non tantum ob evictionem duplam promitti, sed etiam simplam, ut in rebus venditis non pretiosis. *L. emptori,* 37. §. 1. *D. eod.* Hinc duplæ & simplæ stipulatio interdum legitur, & hinc illa verba *L. emptor,* sup. hoc tit. *neque ex stipulatu, neque ex simpla neque ex empto actionem contra venditorem habet.* Quid est illic actio ex stipulatu? aut cur tres actiones illic numerantur, cum in hac *L. si tibi*, numerentur tantum duæ? Nempe actio ex stipulatu illic intelligenda est actio ex stipulatu simplici, quæ collata cum actione ex stipulatu de dupla, nihil aliud est simpliciter, quam actio ex stipulatu. Iam autem dixi interdum interponi duplæ stipulationem, interdum simplæ tantum. Simplum intelligimus simplam quantitatem, seu æstimationem, quemadmodum & cum duplam nominamus. Hoc † 11 loco exsistit quæstio: cum emptori re evicta constet semper actionem esse ex empto adversus venditorem in id, quod sua interest, quod interdum non simplam tantum, sed etiam duplam longe excedat: cui bono duplam, aut etiam simplam dumtaxat a venditore stipulari, ubi emptori liceat actione ex empto multo plus & facilius consequi. Et duas ad res conducit, vel potius necessaria est, non dico duplæ stipulatio, sed etiam stipulatio solius simplæ. Primum hoc efficit, ut liceat emptori re evicta consequi æstimationem quæ fuit, cum res vendita est, aut certe pretium illius temporis, ut supra diximus ex *L. bonitatis, & seqq. D. eod.* Quod interdum emptori utile est: quid enim, si post venditionem res multis partibus sit imminuta? actione ex empto æstimationem præteriti temporis consequi non potest, ut ante dixi. Valet ad hoc præterea simplæ aut duplæ stipulatio, ut re etiam ab extraneis evicta, tamen venditor teneatur ex stipulatione, rem emptori habe-

Digitized by Google

re licere. Sciendum est enim, quemadmodum venditor præstare debet emptori, ut ei rem habere liceat: ita teneri eum ex empto, ut id emptori promittat. *L. ex empto, in prin.* & *§. venditorem, D. de act. empt.* In hac stipulatione si venditor nihil amplius promittat, quam emptori rem habere licere, non tenetur venditor, nisi re ab ipso, aut heredibus eius evicta: extranei si evincant, non tenetur: quia aut factum extraneorum non promisit, aut si quid, promisit inutiliter, *l. stipulatio ista, in pr. §. 1. D. de verbor. oblig. L. ex empto, §. qui autem, D. de act. empt.* Sed hæc ita sunt, nisi pœnæ stipulatio subiecta sit. Hæc ubi promissa est, re a quovis evicta, utiliter pœna petitur. *d. L. stipulatio ista, §. 1. de verb. oblig.* Et pœna est, simplæ & duplæ stipulatio. Nam hæ stipulationes nihil aliud continent, quam certam quantitatem, alias simplam, alias duplam, quam promittit venditor emptori, si rem emptori habere non licebit, idest, si ei evincatur.

Ergo, ut cœpi dicere, re evicta non tantum est emptori actio ex empto, sed etiam actio ex duplæ, aut simplæ stipulatione ob evictionem: sed ex stipulatione ita, si stipulatio sit interposita. Hinc de necessitate huius stipulationis interponendæ quærendum est. Frustra enim de ea agitur, nisi necesse habeat venditor hanc interponere: cum pro non dicto sit, quod ipse præstare, nisi velit, non cogatur. *L.*
12 *sub hac, D. de obl. & act.* Ne † igitur putemus frustra susceptam disputationem de hoc genere stipulationis, hoc constituendum est: venditorem emptori obligari, ut duplam promittat, saltem ut promittat semper simplam, *L. emptori, 37. in prin.* & *§. 1. D. eod.* Videndum, qua actione id emptor consequatur, tum an semper dupla promitti debeat: postremo quomodo debeat. Et quod ad actionem attinet, competit actori in eam rem ex empto actio. *L. quod si nolit, §. quia assidua, D. de æd. ed. L. ex empto, §. venditorem, D. de act. empt.* Huius iudicii exitus hic est, ut si conventus venditor duplam non repromittat, dupli condemnetur: nempe tanti quantum petebatur. *L. 2. D. eod.* Duplam promitti oportet: verum neque in rebus omnibus, neque omnibus locis.

In † iis tantum rebus moris fuit Romanis duplam exigere, quæ pretiosiores sunt. 13
d. L. emptori, 37 §. 1. D. eod. In hoc genere rerum habentur, primum citra controversiam res omnes soli: proximo loco mancipia. *d. L. quod si nolit, §. quia assidua, de æd. ed.* Ex cæteris rebus non male videtur definiri posse, res esse pretiosiores, quæ duos aureos excedunt: argumento uti licet *L. si quis affirmavit, in fi.* iuncta *L. seq. D. de dol.* ubi ea summa dicitur esse non modica, quæ excedit duos aureos. Porro non male dici posse videtur, eam rem pretiosiorem habendam esse, cuius non modica æstimatio est.

Sed † nec in iis locis dupla exigi potest, ubi moris est eam non promitti, sed 14
simplicem dumtaxat. Hic enim morem & consuetudinem regionis sequimur. *L. 6. D. eod.* Et certe duplæ stipulatio ideo tantum exigi dicitur, quia moris & consuetudinis est eam præstari *d. L. quod si nolit, §. quia assidua.* Promittitur † autem dupla, aut simpla nuda repromissione 15
tantum, non satisdato: idest, venditor duplam, aut simplam stipulanti emptori promittere cogitur, sed fideiussores in eam rem dare non cogitur. *L. 4. in pr. d. L. emptori, in prin. D. eod.*

Hac † stipulatione interposita sive duplæ, sive simplæ, evenit, quod in hac lege 16
scriptum est, ut emptori re evicta duæ sint ob evictionem actiones emptori adversus venditorem: ex empto, & ex stipulatione vel duplæ, vel simplæ: quarum alterutra emptor uti poterit, prout sibi expedire existimabit. *L. sed & si, 18. & L. seq. D. eod.* Actione ex empto tunc, cum res plurimi erit, cum evincitur: actione ex stipulatione, cum res pluris fuit, cum distracta est, quam nunc cum evincitur, secundum supra traditam a nobis distinctionem.

Stipulatione † constituta, quæritur de 17
actione, quæ ex ea stipulatione nascitur. Hæc vere est condictio certi ad pœnam certam in stipulatum deductam. *Inst. de ver. obl. in pr.* Hæc ut ex reliquis stipulationibus stipulanti competit adversus promissorem, & competit in tantum, quantum in stipulatum deductum est, ut scriptum est in hac lege.

Ad L.

Digitized by Google

Ad L. Si quis tibi. 26.

Iidem AA. & CC. Neoni.

Si quis tibi servum vendidit, postquam is rebus humanis exemptus est, cum evictionis periculum finitum sit, a te conveniri non potest: S. II. Kal. April. Sirmii. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Re vendita casu exstincta venditorem emptori non teneri, quanvis constiterit postea rem alienam, aut pignori obligatam fuisse.*
2. *Hoc casu emptorem rem amittere, & nihilominus venditorem pretium lucrari: aliter, atque si res evictione amissa esset.*
3. *Re vendita post litem cum emptore contestatam exstincta, sententiam ferri de proprietate rei, quasi res exstaret: hinc emptori regressum esse adversus venditorem tanquam re evicta.*

1 SI † venditor re vendita tradita, solum ob evictionem tenetur emptori, ut solum obligatur: *L. ex empto, in prin D. de act. empt.* si non tenetur, quamdiu res evicta non est, ut non teneri scriptum est in *L. 3. supra:* consequens est, quod hoc loco constituitur, re vendita casu extincta venditorem eo nomine emptori non teneri, quantumvis rem, quæ extincta est, alienam fuisse, aut pignori obligatam postea constiterit. Quippe res casu amissa evicta non est. Nam evincere est, rem iudicio auferre. *L. non tamen, L. habere, D. eod.* Non aufertur autem iudicio, quæ amittitur casu. Et hæc est ratio, qua Ulpianus in hac specie utitur in *L. si servus, D. eod.* ideo hoc casu venditorem emptori non teneri, quia nemo rem evi-
2 cerit, sed fatum humanæ sortis. Atque † hinc etiam evenit, ut hoc casu emptor rem amittat, & nihilominus venditor pretium lucretur. Quod prima facie iniquum videri potest, præsertim cum scriptum sit *L. ex empto, §. qui autem, D. de act. empt.* bonæ fidei iudicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amittat, & venditor habeat pretium. Sed nihil est æquius. Nam emptione contracta, pro emptore hoc constitutum est, ut commoda omnia rei venditæ ad eum pertineant. Cui consequens fuit, ut & incommoda eum sequi oporteret. *§. cum autem, Instit. de empt. & vend. L. necessarie, D. de peric. & com. rei vend.* Consequens dixi, quia ut est secundum naturam commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *L. secundum, D. de regul. iur.* ita contra, quem commoda cuiusque rei sequuntur, eum quoque sequi incommoda, *L. unica, §. pro secundo, in fi. C. de cad. toll.* Est autem in incommodis rei venditæ casus omnis fortuitus, vel potius casus omnis, qui sine culpa & facto venditoris contingit. Et quod dicitur in *L. ex empto, §. qui autem, de act. empt.* bonæ fidei iudicium non pati hanc conventionem, ut emptor rem amittat, & venditor pretium lucretur, nominatim dictum est de eo emptore, qui rem amittit propter evictionem. Est vero iniquum propter evictionem pretium ei perire, quanvis convenerit, ne ob evictionem ageret. Nam evictio ex facto venditoris nata est, qui rem alienam vendidit, & ita evictioni caussam dedit.

Hæc † etsi simpliciter ita dicuntur in 3
hoc rescripto, item in dicta *L. si servus, D. de evict.* tamen bene monet Accursius hoc idem sic accipiendum esse, si res vendita interierit ante litem cum emptore contestatam. Nam si postea perierit: postulante emptore sententia fertur de proprietate rei; & si res aliena pronuntiata sit: is adversus venditorem regressum habebit non tantum actione ex empto in id, quod sua interest rem alienam non fuisse; sed etiam actione ex stipulatione duplæ, aut simplæ in tantum, quantum in stipulationem deductum est, quasi re emptori vere evicta. *L. utique, D. de rei vind. L. ult. sup. de assert. toll. L. cum servus, D. iud. sol.* Sed huic parti videntur refragari ea principia, quæ posuimus de evictione in principio huius tituli, & ad *L. 3. & L. 6. sup.* Sunt autem hæc: venditorem quamdiu res evicta non sit, non teneri: *L. 3. sup.* item, venditorem non teneri, nisi quis rem evincat, vel nisi res amissa sit ob evictionem. Iam vero licet res vendita post litem cum emptore contestatam perierit,

Digitized by Google

ierit, non tamen res evincitur, atque adeo nec evinci potest. Nam, ut supra dixi, evincere est, rem auferre: non potest autem sententia iudicis auferri ea res quæ non est. Et hæc omnia vera sunt, si fateamur rem, quæ post litem contestatam interiit, non exstare, quod secus est. Non exstat illa quidem natura, sed iure exstare fingitur: ut sententia de proprietate eius rei lata perinde habeatur, quasi ea exstaret, & esset ablata. Nam si emptorem moram fecisse proponas iudicium accipiendo: mora perpetuam facit actionem: idest, facit, ut perpetuo teneatur, quasi res exstaret, *L. item si verberatum, in fin. D. de rei vind. L. nemo, §. 1. D. de verb. obl.* Quod si emptor moram non fecit, is quidem non tenetur ob rem petitam neque in æstimationem eius rei; sed nihilominus adversus venditorem res adhuc exstare intelligitur, ut emptori a venditore eam consequi liceat. *d. L. utique, de rei vind.* Ita & hæc pars quoque posterior recte constituitur, neque priori adversatur.

Ad L. Si fundum 27.

Iidem AA. & CC. Theophilo.

Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparavit Athenocles, neque quidquam de evictione convenit: quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. Nam si ignorans: desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur. S. XV. Kal. Oct. CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Ei, qui sciens rem alienam emit, evictionem non præstari: nisi si quis de evictione nominatim sibi caverit.*
2. *Casus, ubi & scienti præstetur evictio, & pacifcenti nihil amplius, quam rei pretium.* L. ult. §. pen. §. ult. C. com. de legat. *sententia & ratio exposita.* ibid.

1 QUI † rem emit conditionis rei non ignarus, talem videtur emisse, qualis est. Proinde re ob eam conditionem evicta venditor non tenetur, extra quam si convenerit, ut ei evictio præstaretur. Semper enim hoc tenendum est ex generali edicto de pactis, omnem pactionem servandam esse, quæ non sit dolo malo interposita, si modo & de re privata est. *L. iurisgentium, §. ait, §. si paciscar, D. de pact.* Et maxime si est contractus bonæ fidei, in quo interposita est conventio: qualis est emptio & venditio, de qua hic agitur, *L. ex empto, D. de act. empt.* De hoc iure diximus ad *L. 6. sup.*

2 Utraque † tamen in parte superioris iuris sua quædam exceptio est in ea specie, de qua constitutum est a Iustiniano in *L. ult. sup. §. pen. & ult. sup. com. de legat.* Species ea est: cum rem hereditariam sub conditione legatam heres pendente conditione vendit ei emptori, qui ita legatam non ignorat: deinde impleta conditione rei legatæ legatarius, qui ex eventu conditionis dominus esse cœpit rei legatæ, eam rem ab emptore eodemque possessore vendicat, & iure suo evincit. In hac specie duo illic singularia constituta sunt de evictione rei. Primum, ut emptor quanvis non ignoraverit conditionem rei emptæ, tamen pretium ab herede eodemque auctore suo possit repetere, contra quam hic constitutum est. Alterum, ut nihil possit amplius repetere, quam pretium, etiamsi emptor nominatim sibi duplum caverit, idest, convenerit, ut re evicta sibi dupla præstaretur. Utriusque huius partis ratio fuit Iustiniano id ipsum, quod prius ibidem constituit: ut exsistente conditione rei legatæ venditio, quæ præcesserat, perinde irrita fiat, ac si nulla intervenisset. Hoc iure posito, reliqua duo sunt consequentia, quæ supra diximus. Nam si emptio pro nulla habetur: caussa quæ prius fuerat, finita est, nempe emptio. Ita incipit pretium quod datum est, repeti posse condictione sine caussa. *L. 1. in fin. D. de cond. sine causs.* Deinde si venditio nulla est: consequens est nihil ex iis peti posse, quæ per caussam emptionis promittuntur. Proinde nec dupla ex conventione præstabitur emptori quoniam dupla ex caussa emptionis & rei venditæ evictæ promittitur. Quod autem Iustinianus in supra scripta specie constituit, ut exsistente conditione legati emptio habeatur pro nulla: id fecit, ut coer-

ceret

cetet avaritiam heredis, qui tam turpiter contra voluntatem defuncti rem vendidit restitutioni obnoxiam, ut ibidem ipse idem significat. Sane emptor, qui scivit rem alienam aut pignori obligatam a se emi, interdum pretium a se numeratum servare potest: sed hoc solum a domino, qui rem ab eo vindicat, & tunc cum pretium in rem domini versum est. *L.* 1. *sup. si vend. pig. ag. L. emptor, D. de rei vind.* de quo diximus ad *L. super, sup. hoc tit.* Nec posse eum hoc pretium consequi a venditore propter evictionem hoc loco negamus.

Ad L. Emptori. 28.

Iidem AA. & CC. Maximiano & aliis.

Emptori etiam venditoris iura prodesse non ambigitur: Si igitur vobis propter rei proprietatem mota fuerit quæstio: tam propriis, quam venditoris defensionibus uti poteritis. S. III. Non. Oct. Scuppis, CC. Coss.

SUMMARIA.

1. *Emptorem in lite proprietatis sibi mota & suis propriis & venditoris defensionibus uti posse; & hæ quæ sint.*
2. *Pacti cum venditore interpositi, item rei cum venditore iudicatæ exceptio, quo iure ad emptorem transferatur.*

Lite de proprietate rei venditæ emptori mota, is venditore causam non sufficiente necesse habet ex fide causam agere, & tueri iis omnibus defensionibus utendo, quæ ad rem pertinent, & quibus potest: de quo diximus ad *L. emptor, sup.* Quæritur, quæ defensiones emptori in ea causa competant. Hic † constitui-
1 tur emptorem in ea re non tantum propriis, sed etiam venditoris defensionibus, & iure uti posse. Defensiones vocamus exceptiones: *L.* 4. *L. defensiones, sup. de except.* quoniam exceptiones defendendorum reorum caussa comparatæ sont. *Inst. de excep. in princip.* Propriæ exceptiones emptoris sunt: exceptio pacti cum ipso emptore interpositi, rei cum emptore iudicatæ, iurisiurandi emptori delati. His omnibus emptorem uti posse constat. Hic adiicimus, etiamsi venditor ipse pactus sit, aut iudicio absolutus, aut deferente adversario iuraverit rem suam esse, posse emptorem uti iisdem exceptionibus. Propone hoc modo: emptor fundi controversiam de proprietate passus est a Lucio Titio, deinde lis inter eos composita, & Titius pactus, ne fundum ab emptore amplius peteret: hinc pacti exceptio emptori quæsita, quæ emptoris propria est §. *præterea, Inst. de except.* Vel iudicium inter istos processit, & tandem emptor absolutus est: hinc propria exceptio nata emptori, exceptio rei iudicatæ. §. *item si, Inst. de exc.* His exceptionibus ita emptori quæsitis dicimus, si Titius eundem fundum ab eodem emptore, aut eius heredibus postea petat: summoveri eum posse: illos quidem exceptione pacti; hunc autem exceptione rei iudicatæ, aut iurisiurandi, quæ sunt propriæ emptoris exceptiones. Dicimus idem iuris esse, si eadem Titio cum venditore intercesserint, hoc modo. Venditor fundi priusquam fundum venderet, ab eodem Lucio Titio controversiam passus est, & tandem Titius pactus est, se a venditore non amplius petiturum eum fundum; aut venditor eo iudicio absolutus est; aut deferente Titio iuravit fundum suum esse, unde illi eædem exceptiones comparatæ sunt, quæ supra. Deinde fundum vendidit, & Titius idem hunc fundum ab emptore vindicat: Dicimus, inquam, in hac controversia emptorem posse eum summovere exceptione pacti cum venditore interpositi; exceptione rei cum venditore iudicatæ; exceptione iurisiurandi a venditore præstiti: nam hæ sunt defensiones venditoris, de quibus hic dicitur. Et de exceptione pacti conventi hoc ius traditum est diserte in *L. si tibi, §. pactum, D. de pact.* Sed † quo- 2
modo pactum cum venditore interpositum, in alia persona, puta emptoris, potest nocere Titio: cum sit certi iuris regula, pacta de una re, aut cum una persona facta, non posse in alia re aut in alia persona nocere? *L. si unus, §. pacta, in fin. D. de pact.* Dicendum est, cum emptor exceptione pacti cum venditore facti utitur, pactum non tam prodesse emptori, quam venditori ipsi qui pactus est: & quod idem est, pactum non tam nocere in persona

sona emptoris, quam in persona venditoris. Interest enim venditoris emptorem eo pacto uti: propterea quod nisi utatur emptor ea exceptione, habiturus sit regressum adversus venditorem ob evictionem. Et hoc est, quod alia regula iuris traditur, pacta cum aliis personis facta omnibus prodesse, quos non teneri paciscentis interest. *L. & heredi, §. ult. L. fideiussoris, §. ult. D. de pact.* Adde, quod venditor rem vendendo & tradendo emptori omnes actiones suas ad emptorem transferre intelligitur, *L. postquam, L. ex nominis, sup. de hered. vel act. vend.* Multo igitur magis existimandus est transferre exceptiones, quibus ad emptorem defendendum opus est, *L. invitus, §. 1. D. de reg. iur.*

Eadem dicere licet de exceptione rei eum venditore iudicatæ. Constitutum est, res inter alias iudicatas, quemadmodum alii non nocent, ita prodesse non posse. *L. 2. sup. quib. res, iud. non noc.* Quo effici videbatur rem iudicatam inter Titium & venditorem fundi non debere emptori prodesse, tanquam alii personæ. Sed dicemus idem, quod supra, cum emptor hac exceptione utitur ex persona venditoris, rem iudicatam non tam ipsi prodesse, quam venditori, cum quo res iudicata est. Idem de cæteris exceptionibus licet intelligere.

Ad L. Si permutationis. 29.

Iidem AA. & CC. Rheso.

Si permutationis gratia prædia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit: his quæ in eorum vicem accepit, posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum, vel cum eorum non haberet facultatem, evictis, quanti interest, eos conveniri posse, rationis est. S. Idib. Decemb. Nicomediæ, CC. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Ex permutationis quoque caussa actionem esse ob evictionem ei, cui res evicta est: dum omnia fecerit in lite proprietatis, quibus factis emptori eadem actio competit.*
2. *Re aliena in permutationem deducta, ei qui accepit, etiam nondum re evicta condictionem esse ob caussam dati caussa non secuta: aliter in emptione.*

Quod de evictione constitutum est, re videlicet alicui tradita evicta ei actionem adversus eum esse, qui tradidit, ob evictionem: de emptione solum constitutum est, ut videre est in *L. ex empto, in prin. D. de act. empt.* Sed hoc sic acceptum est ex sententia eius iuris: ut placeret ius pertinere ad omnes contractus, qui emptionis & venditionis vicem obtinent. Cuius generis est, si quid in solutum datum sit, de qua specie di-
1 ctum est in *L. 4. supr.* Eiusdem † generis est permutatio, de qua hic agitur. Hæc quoque dicitur vicem emptionis obtinere in *L. 2. supra, de rer. perm.* Unde in permutatione uterque ex contrahentibus dicitur emptoris & venditoris loco esse, *L. sciendum, §. penult. D. de æd. ed.* venditoris: quia mercem dat; emptoris quia pro merce aliud accipit. Hinc est, quod hic constituitur, si res ex causa permutationis uni ex permutantibus evicta sit: eum ob evictionem actionem adversus alterum habere in id, quod sua interest; uti fieret, si res ei esset vendita: proinde & eadem lege, qua ob evictionem rei venditæ actio competit: idest, si is cui res permutata evicta est, in controversia evictionis omnia fecerit, quæ emptorem facere oportet, ut actionem ob evictionem habeat: puta denuntiarit alteri reo, & præterea causam defenderit, ut potest. De denuntiatione hic tantum dicitur: sed ita, ut hic alterum quoque sicut in emptione, ad cuius legem revocatur permutatio, intelligi oporteat, quoties ob evictionem agitur. Sed † quoniam de evi- 2
ctione tantum hic dicitur, traditurque eum, qui ex causa permutationis rem accipit, actionem habere in id, quod sua interest, si ea res evicta sit: quæremus, an priusquam res evicta sit, nullam actionem habeat adversus eum, qui dedit, quanvis constet rem esse alienam. Nam si res illi vendita esset, quantunvis esset aliena aut pignori obligata; tamen nullam actionem haberet adversus venditorem, priusquam res esset evicta *L. 3. sup.* Num ergo in permutatione, quam emptioni similem esse volumus, idem probandum est? Respondeo, non idem. Illud emptioni per omnia simile, quod is, cui ex caussa permutationis res aliena data est non potest agere in id, quod sua interest, priusquam res

res evincatur, ut conditio hoc rescripto addita satis indicat. Hoc interest, quod qui rem alienam accepit, potest id, quod dedit alteri, repetere tanquam ob caussam datum, caussa non secuta. *L. naturalis*, §. 1. *D. de præs. ver.* Quod non licet facere in emptione & venditione. In qua quanvis constet rem venditam esse alienam; tamen emptor pretium a se numeratum condicere non potest, argum. in *L. si non donationis, supr. de cont. empt.* Hoc ideo, quod in contractibus, qui suum nomen habent, sic obligatio contrahitur inter contrahentes: ut ex pœnitentia mutare factum non liceat. *L. ab emptione, D. de pact.* quod contra facere licet in contractibus innominatis, *L. 5. D. de cond. cau. dat. cau. non sec.*

Ad L. Non ex eo, pen.

Iidem AA. & CC. Hastio.

Non ex eo, quod duplum is, qui a matre tua mancipium comparavit, evictionis nomine stipulatus est, alienæ rei scientia convincitur: nec opinio eius ex hoc læditur, ut malæ fidei emptor existimetur. Aliis itaque hoc indiciis, si vis, probare debes. S. Id. Decemb. AA. Coss.

S U M M A R I A.

1. *Venditorem emptori obiicientem rei alienæ venditæ scientiam, hanc probare debere & cur.*
2. *Non ideo probari emptorem scivisse rem alienam vendi, quia de evictione sibi cavit.*

QUæstio huius loci nascitur ex eo, quod traditum est in *L. si fundum, sup.* eum emptorem, qui sciens rem alienam emit, re evicta iure ob evictionem agere non posse: finge enim eum emptorem agere ob evictionem nihilominus, & venditorem uti hac defensione: ut dicat, emptorem scivisse rem alienam vendi & talem, qualis evicta est; ac de eo esse controversiam an emptor sciverit, necne. In hac controversia introducitur quæstio de probatione, de qua hoc rescripto. In eo duo quæruntur.

1 Primum † utri incumbat probatio, emptorine, ut probet se ignorasse rem fuisse alienam; an vero venditori, ut probet emptorem scivisse. Et de eo significatur hoc rescripto in extremo, venditoris probationem esse. Quod recte ita constituitur: nam cum venditor dicit emptorem scivisse, in eo exceptione doli mali utitur, qua emptorem summovet. *L. apud, §. item Labeo, D. de dol. mal. & met. exc.* In omni autem exceptione reus actor est, & exceptionem tanquam intentionem probare debet *L. in exceptionibus, D.*

2 *de prob.* Hoc † posito, alterum quæritur, an venditor idonee hoc probet, si dicat, emptorem duplam a venditore stipulatum esse, de quo hic præcipue quærebatur. Et rescriptum est, non ideo argui emptorem scivisse rem esse alienam, quia sibi duplam cavit. Recte: hoc enim facere solent boni emptores, non tantum qui sciunt rem alienam esse, sed etiam qui ignorant; nam etsi ignorant revera; tamen sciunt fieri posse, ut aliena sit, & postea evincatur: quapropter & adversus futuros casus sibi prospiciunt, ne cum illi inciderint, tum cogantur oratione stultorum uti, ut dicant, *non putaram*. Fieri potest, ut quis duplam stipuletur ideo, quia scit rem alienam sibi vendi. Sed hoc non semper accidit: ideo ex stipulatione duplæ non recte colligitur, iuxta vulgare dictum, *Non probari hoc esse, quod ab hoc contingit, ut absit*. L. neque natales *sup. de prob.* Sed videri potest hæc quæstio esse supervacua in specie proposita. Proponitur enim emptor sibi nominatim duplam stipulatus esse evictionis nomine. Quod qui fecit, is actionem ob evictionem habet, sive sciverit rem alienam esse, sive ignoraverit: *L. si fundum sup. eod.* ut proinde etiam de scientia emptoris probare æque venditori sit inutile. Et fatendum est, in actione ex stipulatione duplæ quæstionem venditori esse inutilem. Sed qui duplam stipulatus est, potest idem re evicta & ex empto agere: *L. si tibi, sup. eod.* verum hac conditione, si non sciens alienam rem vel obligatam emerit, *d. L. si fundum, sup. eod.* Atque hic demum superiori quæstioni locus est, ubi & superior probatio venditoris admittitur.

Ad L. Ult.

Vide *L. exceptione, supr. hoc tit.*

AD TITULUM. XLVI.

COD. CREDITOREM EVICTIONEM PIGNORIS NON DEBERE.

Ad L. Cum iure. 1.

Imp. Alexander A. Publicio.

Cum iure creditoris propter fisci debita prædium obligatum procurator meus venundedit, evictio non debetur: quia & privatus creditor eodem iure utitur: nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit creditore. Si tamen fiscus in ius alterius creditoris successit, emptori non iusta nomine fisci movetur controversia: sive quia potior fuerat quando vendebat: sive quia infirmior: quoniam hoc utique præstare debet, qui pignoris iure vendit, potiorem se cæteris esse creditoribus. PP. XV. Kalendas Novembr. Maximo II. & Æliano Conss.

Ad L. Si a creditrice. 2.

Imp. Gordianus A. Sabinæ.

Si a creditrice iure pignoris fundos obligatos pater tuus comparaverat: evictis prædiis ita demum petitionem adversus creditricem habere iure potes, si vel cum vendidit, de evictione rei promisit, vel etiam dolo malo, cum sciens prudensque esset rem sine vitio non esse, eam patri tuo cui successisti, venundedit. Nam sicuti genus huiusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit: ita eum qui fraudem admisit, vel decepit, non excusat. PP. VII. Id Apr. Sabino II. & Venusto Coss.

SUMMARIA.

1. *Creditorem re evicta, quam iure creditoris, seu iure pignoris vendiderat, si ut aliena evicta sit, emptori eo nomine non teneri, neque in id, quod interest, neque ad pretium restituendum.*
2. *Extra quam, si quid contra convenerit, aut creditor sciverit esse alienam, emptor ignorarit.*
3. *Creditorem pignore quod vendidit, evicto, hactenus teneri emptori, ut cedat ei actiones suas.*
4. *Pignore vendito evicto, & sine cessione utilem esse actionem pigneratitiam emptori adversus debitorem, quatenus debitor locupletior factus est.*
5. *Creditorem re, quam iure pignoris vendidit, evicta, si in bonis debitoris fuit, omnimodo ob evictionem teneri: & cur.*
6. *Creditorem in vendito pignore præstare debere emptori, rem sibi obligatam esse; se in pignore omnibus aliis potiorem esse, & se ius vendendi habere.*
7. *Creditorem nulla ex caussa quamvis dominii postea sibi quæsiti de pignore a se distracto emptori controversiam movere posse.*

COnstanter traditum est, si creditor iure creditoris, vel quod idem est, iure pignoris rem sibi obligatam vendat, eum re evicta ob eam evictionem emptori non teneri, ne ad pretium quidem restituendum. Traditur hoc in *l.. ex empto, §. sententiam, D. de act. empt. L. etsi, D. de dist. pig.* Traditur hoc idem in his duobus rescriptis, quæ sequuntur. Sed habet hæc sententia multas cautiones, multis enim modis accidit, ut creditor teneatur ob evictionem. Quare, ut id quale sit, plane intelligatur, de re tota sic habendum est. Cum quæritur, an creditor, qui iure creditoris pi-

gnus

gnus vendidit, ob evictionem pignoris te-
neatur: multum interest, quam ob causſ-
ſam res evicta ſit emptori: utrum ob id,
quod res aliena eſſet, non debitoris; an
vero ob id, quod non eſſet creditori ob-
ligata, ſive quod creditor in ea re ius cre-
ditoris, ſeu ius pignoris conſtitutum non
1 haberet. Si † ob id evincitur, quia in
bonis debitoris non fuit: hæc demum e-
victio eſt, quam non præſtat creditor: ad-
eoque hanc non præſtat, ut nec pretium
ex hac cauſſa reſtituere debeat. Id intel-
ligitur ex ſupraſcriptis quatuor locis, in
quibus indiſtincte ſcriptum eſt, credito-
rem non teneri. Nuſquam autem alibi hic
caſus exceptus eſt, cum res in bonis de-
bitoris non fuit. Non adverſatur huic ſen-
tentiæ, quod generaliter traditur in *L.
non dubitatur*, *ſup.* de evict. *etſi ſpecia-
liter venditor evictionem non promiſerit,
re evicta ex empto competere actionem.*
Hoc enim cum hac exceptione ſemper
accipiendum eſt: niſi aperte aliud actum
ſit, ut ibi docuimus. Nunc autem cum
creditor vendit rem iure creditoris, hoc
agi intelligitur, ut præſtet venditori cre-
ditoris ius: extra hoc ius ne teneatur.
Quid eſt enim iure creditoris, niſi pro
eo iure, quod creditor in pignore con-
ſtitutum habet? Iure pignoris, idem va-
let, ut indicatur in extremo *L.* 1. *hic*,
lege pignoris vendere. *L. etſi is*, *D. de
diſtr. pig.* Hoc enim ſignificatur vendere
hoc pacto & conventione interpoſita, ut
dicatur creditor rem tanquam pignus ven-
2 dere. Sed † hic duæ res exceptæ ſunt:
conventio creditoris, & dolus. Primum,
ut maxime creditor iure creditoris rem
vendat; tamen evictionem præſtabit, ſi
hanc emptori repromiſerit, ut eſt in *L.*
2. *hic*. Cum omnis pactio non fraudu-
lenta in bonæ fidei contractu interpoſita
ſervanda eſt, & actionem parit: *L. ex
empto*, *in pr. D. de act. empt. L. in bo-
næ*, *ſup. de pact.* tum maxime eius rei
interpoſita ſtipulatio, quæ etiam per ſe
valet iure civili. *§. de conſtituta*, *Inſtit.
de act.* Sed & extra conventionem ſi cre-
ditor ſcivit rem alienam eſſe, non debi-
toris: æque tenebitur ob evictionem rei,
quoniam decepit emptorem. Sine exce-
ptione definiendum eſt, ſemper emptorem
venditori, & venditorem emptori dolum
ſuum præſtare debere, eſtque hæc exce-
ptio in *L. ult. in fine*, *hic:* eadem in
dicta *L. ex empto*, *§. ſententiam*, *D. de
act. em.* His remotis recte dixerimus, cre-
ditorem ob evictionem venditi pignoris,
quod quidem vere ei datum ſit, non te-
neri, dum tamen hoc ita temperetur, uti

propoſuimus: ut ne ſcilicet teneatur aut
in id, quod intereſt emptoris aut ad pre-
tium reſtituendum, dicta *L. empto*, *§.
ſententiam*; cæterum † placet eum re evi- 3
cta ſaltem ad hoc teneri ex empto, ut
quam habet actionem adverſus debitorem
ſuum, qui rem alienam pignori dedit, eam
præſtet, ideſt, contrariam pignoratitiam
actionem: æquiſſimum enim videri id ſal-
tem conſequi emptorem, quod ſine diſpen-
dio creditoris futurum eſt. Hoc in *L.
creditore*, *D. de eviction.* Ita qui rem
adverſus creditorem ſervare non poteſt,
poteſt hac actione ceſſa ſervare adverſus
debitorem. Quinimo † & nulla ceſſa a- 4
ctione placet emptori ultro utilem actio-
nem dandam ex empto adverſus debito-
rem ipſum, quatenus pretio illius rei lo-
cupletior factus eſt. *L. reſcriptum*, *§.* 1.
D. de diſt. pig. Atque hæc ita ſunt, ſi
res evicta ſit ob id, quod non eſſet in
bonis debitoris.

Quod † ſi res in bonis debitoris fuit, 5
& nihilominus iure evicta eſt, generaliter
probandum eſt, omnem eam evictionem
ſine exceptione creditorem præſtiturum:
quoniam ideo evinci rem neceſſe eſt, quia
defuit ei ius creditoris, ſive ius pignoris;
quo tamen iure rem vendidit: ſemper au-
tem in venditione id præſtare venditor
debet, quod dixit, ubi propter id rem
pluris vendidit *L. ea*, *quæ*, *D. de cont.
empt. & vend.* Idque aperte declaratur
exemplo hereditatis venditæ: quam cum
heres vendit iure heredis, ſemper hoc
præſtare debet, ſe heredem eſſe, & eam
hereditatem, quam vendit, eſſe eam, ex
qua heres extiterit. *L. quod ſi nulla*, *D.
de her. vel act. vend.* Ut autem certius
ſtatuamus id ita eſſe in pignore vendito,
facient ea, quæ plura in hac venditione
a creditore exigi legimus, quæ ex illo
principio ducta, id veriſſimum eſſe con-
firmant.

Hinc † ergo eſt, quod placuit, cum 6
creditor iure creditoris pignus vendit, ante
omnia illum præſtare debere emptori, rem
ſibi obligatam eſſe pignori. Id declaratur
in principio *L.* 1. & *L.* 2. *hoc tit.* Quod
enim dicitur utroque in loco, creditorem
evictionem non debere, adiecta hac con-
ditione, ſi vendidit fundum obligatum:
ſatis ſignificat, ſi creditori res pignori ob-
ligata non ſit, eum ob evictionem teneri.
Cur ergo teneatur hoc nomine, niſi quia
dixit ſe creditorem eſſe, & pignus ſe ven-
dere, quod dictum in omni venditione
præſtandum eſt? Placet præterea credito-
rem emptori in hac venditione præſtare
debere non tantum ſibi rem pignori obli-

Ddddd 2 gatam

gatam esse; sed etiam se in eo pignore omnibus aliis creditoribus esse potiorem *L. 1. in fin. hic*. Quod quidem non alia de caussa exigitur, quam quod qui posterior creditor est ex pluribus, is ius vendendi pignoris non habet; atque ita simpliciter ius plenum pignoris non habet, ut priori creditori noceat. *L. creditor, 12. D. qui pot. in pign. hab. L. 2. & ult. sup. si antiq. creditor*. Porro creditor, qui se dicit vendere iure creditoris, hoc dicit se ius pignoris habere: proinde & ius habere vendendi pignoris. Nam proprium ius pignoris est, vendere licere. *L. si cessante, sup. de dist. pig. L. 4. D. de pig. act.* Cui consequens esse recte quis dixerit, si creditor fuit quidem primus, atque adeo solus; si tamen propter conventionem nominatim interpositam eum debitore non habuit ius vendendi pignoris, atque ideo venditum ab illo pignus evictum est: evictionis nomine hic quoque eum teneri: quippe multo minus hoc casu ius habuit vendendi pignoris, quam posterior creditor.

Ad † extremum notandum est, ubicunque evictionem creditori in pignore non nocere placet, ibi evictionem alienam intelligi debere. Ut autem evincat ipse, quod vendidit, eiusque rei ex alia caussa quanvis postea sibi nata quæstionem moveat, neque ius, neque æquitatem pati. *L. etsi, D. de dist. pig. L. 1. illic; si tamen*, hoc tit. 7

AD TITULUM LVI.

AD LEG. SI UNQUAM LIB. VIII. C.

Iidem AA. ad Orphitum *præfectum Prætorio*.

Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum quidquid largitus fuerat, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. Dat. V. Kal. Apr. Arbitione & Lolliano Coss.

SUMMARIA.

1. *Revocandæ donationis caussæ.*
2. *In beneficio* L. si unquam, *quæ spectanda.*
3. *Patrono soli beneficium hic tributum, non aliis donatoribus.*
4. *Qui liberos habet, cum donat, ad eum non pertinere beneficium huius legis: & cur.*
5. *Ne sic quidem, quomvis idem alios liberos postea susceperit: & quare.*
6. *Inofficiosæ donationis revocationem esse dissimilem, & cur.*
7. *Donanti tribui beneficium huius legis, non autem aliter contrahenti: differentiæ ratio.*
8. *Ad quascunque res donatas, etiam singulas, revocationem huius donationis pertinere.*
9. *Liberis postea susceptis revocationi donationis ex hac lege locum esse; nec convalescere donationem, quanvis ii liberi postea decesserint vivo donatore, & eo, qui vivus non repetierat donata.*
10. *Testamentum agnatis postea liberis ruptum convalescere, si liberi vivo adhuc testatore decedant: aliter atque in donatione infirmata ex hac caussa: & differentiæ ratio.*
11. *Liberis post donationem susceptis, quanvis decedant postea vivo donatore, non ideo tamen cessare caussam revocatæ prius donationis.*
12. *Liberis postea susceptis donatori ipsi tribui revocationem donationis, non liberis: at neque liberorum consensus ad eam rem sit necessarius, nec liberorum factum patri noceat.*
13. *Totam donationem revocari ex beneficio huius legis.*
14. *Ipso iure donationem revocari ex caussa huius legis, & num. seq.*
15. Revertendi *verbo quid significetur.*
16. *Revocandæ donationis caussa ex beneficio huius legis donatori competere, & actionem in rem, & condictionem.*
17. *Condictionem in proposito esse tanquam ob caussam dati caussa non secuta, aut finita: eandem ex obligatione, obligationem ex contractu.*
18. *Beneficium revocandæ donationis ex hac lege ad alios donatores, quum ad patronum non pertinere, & quæ in eam rem argumenta.*
19. *Demonstratur liquido ex verbis ipsius* L. si unquam.
20. *Demonstratur ex aliis partibus iuris.*
21. *Demonstratur ex sententia Augustini translata in ius Pontificium.*
22. *Demonstratur ex sententia & ratione* L. si unquam: *& quam distent reliqui donatores a patrono in beneficio eius legis.*
23. *Singulare hic beneficium tributum patrono: ut quanvis in aliis donatoribus eadem ratio esset, tamen non debeat beneficium ad eos produci.*
24. *Inofficiosæ donationis propter liberos revocationem multum distare a revocatione huius legis: distare in caussa revocationis.*

25.

25. *Distare genere ipso revocationis: quippe cum illa, & aliis detur, & alio tempore, & de alia quantitate, & non ipso iure.*
26. *Inter revocationem inofficiosæ donationis, & eam, qua ex hac lege est, differentiæ ratio: cum videatur utraque concedi propter liberos.*
27. *Natis post testamentum liberis non ideo legata prius data revocari: multo minus donationem inter vivos ab extraneo donatore ante perfectam.*
28. *Legatum ita datum filio, ut id restituat post mortem suam Titio, liberis ab eo relictis revocatum intelligi.*
29. *Idem probandum in donatione inter vivos, si pater filio emancipato quid donaverit ea lege, ut id post mortem suam restitueret Titio.*
30. Iure poli *restitui debere donata, quid sit Augustino.*
31. *Natis donatori post donationem liberis, non cogi ne iure quidem divino donatarium, ut donata reddat, excepta ecclesia Augustino: & cur putemus hanc in hac re excipi debere.*

1 REvocandæ † simplicis donationis caussæ summæ duæ sunt: ingratitudo donatarii, & liberi a donatore postea suscepti. De priore genere, idest, caussis ingratitudinis, propter quas donationem revocare liceat, comprehensum est maxime in *L. ult. hoc tit.* De genere posteriore ius totum propositum est in *L. si unquam, C. de revoc. don.* qua de hac revocatione & caussa cautum est, nec usquam alibi in iure civili nostro. Itaque eius legis explicatio, quale sit hoc genus revocationis, ostendet. Verba legis hæc sunt: *Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum quidquid largitus fuerat, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.* Tribuit ergo hæc constitutio, ut apparet, beneficium novum donatori ad revocandam donationem iure ante perfectam.

2 In † eo duo spectanda, quibus beneficium hoc continetur: primum caussa beneficii, tum beneficium ipsum, illius caussæ effectus. In caussa beneficii est illa omnis conditio, qua hoc beneficium tribuitur lege superiore. Beneficium est ipsa illa revocatio donationis: in qua videndum est, qualem eam esse velimus ex verbis legis: eamne, quæ iure ipso donationem infirmet, & res donatas ad donatorem statim transferat; an vero quæ nihil amplius tribuat, quam rerum donatarum condictionem. Caussa & conditio beneficii initio legis comprehensa, si observamus, quinque continet: personam certam donatoris, ad quam beneficium refertur; tempus donandi, seu statum donatoris, quo ille donat; caussam dati; res datas; & agnationem liberorum. Quæ singula quid valeant, quia non perinde omnibus liquet, diligenter consideremus: ne aut minus faciamus beneficium, quam est, aut producamus longius, quam quo ex lege pertinet.

3 Primum † constitutio personam certam donatoris exprimit, cui revocationem tribuit, nimirum patroni: Sic enim scribit, *si libertis patronus donaverit*. Proinde si quis non patronus donaverit extraneo, ad beneficium legis non pertinet: ut quanvis liberos non habens donaverit, ac postea suscipiat liberos; nihilo magis infirmetur donatio ex hac lege. Hæc enim conditio est, si patronus libertis donaverit. Certi iuris est, hanc vim esse conditionis omnis, ut quod sub conditione cessante adimi intelligitur, & contra ea extante datum intelligatur; *L. quibus §. 2. L. aliquando, D. de cond. & dem.* valetque hæc sententia & interpretatio non tantum in contractibus & supremis voluntatibus, sed etiam in legibus sub conditione conceptis; & quidem in his maxime: exempla in *L. 1. vers. huius rei, D. de off. eius, cui mand. est iurisd. L. si procuratorem, 8. §. si ignorantes, in fi. cum §. seq. D. mand.* Sed dissentiunt prope omnes ad unum interpretes, exceptis admodum paucis, ut ex veteribus Azone; ex doctis viris nostræ ætatis, Connano: vicitque hæc opinio, ut existiment, ac velut pro explorato statuant, quisquis liberos non habens cuicumque donaverit, liberis postea ei susceptis, donata ad eum redire. Itaque maiorem disceptationem res desiderat: quam idcirco in extremum reiecimus, ut separatim discutiatur. Nunc tantum sumemus id, quod dant verba constitutionis, eoque & orationem ad patronum conferemus.

Tribuitur igitur beneficium huius legis patrono donatori primum, sed neque id simpliciter. Secundum † exigitur in con- 4
ditione huius legis, ut donet, filios non habens. Ex quo intelligitur, si patronus ipse liberos habens donet libertis, donationem non infirmari propter liberos. Efficiturque verbis eadem ratione, qua supra. Hæc enim oratio, *filios non habens*, resolvitur in hanc, *cum filios non haberet*. Hæc autem, *cum filios non haberet*, conditionem habet, *si filios non habeat*, L. si Titio, D. *quan. d. L. ced. l. quodcunque, §. pen. D. de ver. obl.* Quo fit, ut liberos habens si donet, tanquam cessante conditione legis, cesset etiam donationis revocatio. Quod tamen videri possit

Digitized by Google

fit constitui absurde, contraque regulas iuris & naturæ. Etsi enim postumis, & qui postea nascentur, idem tribuitur, quod liberis iam natis: nunquam tamen tantum, ut sint meliore conditione, quam nati. Quinimo id in beneficio iuris ponitur, quod qui in utero sunt, habentur pro iam natis, cum de commodis eorum agitur. *L. qui in utero*, *L. pen. D. de statu, hom.* Quapropter videbatur convenire, quod propter liberos postea natos tribuitur donatori, idem illi tribui propter liberos iam natos, quos habuit, cum donavit: quod contra statuatur, absurde constitui, ut hoc loco. Et esset ita, si beneficium revocationis in hac lege tribueretur patrono propter liberos postea susceptos. Nunc autem tribuitur ei propter voluntatem & tacitam conventionem eius, qua id egit, ut donatio propter liberos ad se rediret. Hæc voluntas existimatur esse in eo, qui liberos non habens donavit; non item in eo qui habuit, cum donaret: atque hinc differentiæ ratio. Nam qui liberos non habet, si donat: videtur ideirco donare, quia liberos non habet, non donaturus utique, ut credibile est, si haberet. Nemo enim in re dubia creditur alienas successiones propriis, extraneos suis liberis velle anteponere. *L. cum acutissimi, supr. de fideicom.* Hæc autem cogitatio facit, ut qui hoc statu donat, intelligatur donare hac lege, ut donatio maneat, si liberi postea ei non nascantur: ex contrario autem, ut si nascantur, redeat. In eo, qui liberos habens donat, apparet nullam eiusmodi mentem & cogitationem esse de revocanda donatione propter liberos eos, quos iam habet. Qui enim liberos se habere sciens donat, hoc ipso aperte declarat, se non prohiberi liberis, quominus donet, nec velle propter eos revocare donationem, quam illis iam natis maxime confirmat.

5 Et † hæc de iam natis ante donationem liberis facilius quis admiserit, quia lex nominatim exigit, ut donator liberos postea suscipiat. Quid ergo, si patronus liberos quidem habens donet, sed postea susceperit alios liberos? An non saltem propter eos, qui postea nati sunt, revocationem donatori dabimus? Verba ostendunt nihilomagis hoc casu revocationi locum esse: lex enim revocationem tribuit liberis quidem postea susceptis, sed hac conditione: si patronus donaverit, cum filios non haberet. Quare si tum habuit, manifestum est legi locum non esse, ut de vi conditionis ante diximus. Dixerit aliquis, verba legis etiam hoc casu revocationem donationis admittere. Sic enim dat revocationem patrono, si donaverit filios non habens, deinde postea susceperit liberos. Quod quidem in proposito videtur contigisse: donavit enim patronus, cum hos liberos non haberet, ac deinde eos postea suscepit. Sed conditio legis non est hæc, si patronus non habens liberos, hos aut illos, aut qui postea suscepti erunt, donaverit; sed simpliciter, si liberos non habens donaverit: ut dicendum sit, si quos tum habuit, non esse revocationem ex conditione huius legis. Id facit eadem illa ratio, qua ante usi sumus. Nam qui liberos habens donat, aperte ostendit se non esse hac mente, ut propter liberos velit donationem infirmari: quam, ut dixi, non impedientibus liberis nihilominus constanter confirmat. Quod si hac mente est adversus liberos iam natos, ut nolit propter eos revocari donationem: par est existimari, illum eadem mente esse erga eos, qui postea nascentur. Repugnat enim charitas & sensus communis naturæ, quominus existimetur pater velle plus tribui liberis futuris, quos non novit, quam iam natis & præsentibus, nec male meritis, quos novit. Itaque si quis in hac specie illud obiiciat, in quibus cum caussis, tum personis eadem ratio est, in his idem ius statui debere: *L. illud, D. ad L. Aquil.* liberos autem postea natos semper in eadem caussa esse, sive pater, cum donavit, liberos alios habuerit, sive non habuerit. Proinde utroque casu donationem pariter revocari, quanvis pater alios liberos habens donaverit: hoc modo, inquam, si quis argumentetur: in promptu est responsio ex iis, quæ modo posuimus: recte scilicet ita colligi, siquidem revocatio huius donationis tantum propter liberos postea susceptos tribueretur. Sic enim cum in omnibus liberis postea natis eadem caussa esset, nec mutaretur propter eos, qui ante nati essent: recte diceretur etiam in omnibus idem ius esse oportere. Iam autem diximus, idque ex hac conditione, *filios non habens*, satis apparet, revocationis eius, quæ hic tribuitur, caussam nasci ex tacita voluntate donantis id agentis, ut propter liberos donatio revocetur, cuius voluntatis coniectura non cadit in eum, qui liberos habere se scivit, & donavit tamen. Sed † utrique huic parti de liberis 6 iam natis, & de iis qui post illos postea nati sunt, opponitur totus Titulus *de inoffic. don. sup.* Omnia enim rescripta eius tituli consentiunt in hanc sententiam: si parens omnia bona sua donaverit, ut sic immoderata & inofficiosa sit donatio: placere

revo-

revocari donationem usque ad debitum bonorum subsidium, idest, usque ad legitimam portionem iure naturæ liberis debitam, olim quartam eius portionis, quæ futura esset ab intestato succedentibus: *L. Papinianus. §. quoniam, D. de inoffic. test.* hodie trienrem, aut semissem pro numero. *auth. novissima, sup. de inof. test.* idque indistincte propter liberos quoslibet non tantum post donationem, sed etiam iam ante natos. Et omnino ita ius est de inofficiosa donatione: sed adiici debuit, tribui istam revocationem Inofficiosæ donationis non parenti, sed liberis fraudatis donatione, proposita his Inofficiosæ donationis querela, idque mortuo parente ad exemplum querelæ Inofficiosi testamenti. *L. 2. L. pen. L. ult. sup. de inoff. don.* Et quod dicitur in *L. si totas, sup. eod.* donationem inofficiosam, quatenus inofficiosa est, ad patrimonium patris donantis reverti, sic intelligendum est: ut redeat mortuo tantum patre, & ita, si liberi id postulent, adiicitur enim ibidem, *reverti donatum ad patrimonium patris, sed hactenus, ut liberi debitum bonorum subsidium consequantur:* cui subsidio locus non est vivo patre, uti nec querelæ inofficiosi testamenti, cui per omnia similis est inofficiosæ donationis querela *d. L. ult. sup. de inoffic. don.* Nihil hoc ius huic constitutioni adversatur, qua tribuitur revocatio donationis propter liberos, non liberis, sed donatori ipsi vivo, & statim. Hæc vero revocatio, sive omnium bonorum donatio fuit, sive partis tantum: nulli tribuitur, nisi ei qui donavit liberos non habens; ei qui tunc habuit: nunquam, neque propter liberos iam natos, neque propter postea susceptos.

7 Tertium † exigit conditio huius legis, ut patronus donaverit, idest, ut dandi caussa sit donatio. Quod eo pertinet: ut si quid vendiderit patronus liberto, si quid cum eo permutarit, si quid denique negotii cum illo extra caussam donationis gesserit liberos non habens: sciamus hic nihilomagis infirmari, quod gestum est, quanvis patronus postea liberos susceperit. Atqui donatio in liberrum collata non magis confirmatur ab initio voluntate patroni, quam venditio, permutatio, aut negotium quodvis aliud cum liberto interpositum. Cur igitur minus revocentur cætera negotia, si intersit patroni, quam donatio? si proponatur patronus ea fecisse, quæ facturus non esset, si liberos haberet? veluti si latifundia quædam paterna vendiderit, quæ si liberos haberet, his servasset, ut dignitati & nomini familiæ conveniebat. Differentiæ ratio est, quod in cæteris negotiis, ex quibus quid liberto abest, revocari gestum non potest sine damno liberti, cui aut non redderur, quantum abest, aut si reddetur, cogetur recipere, quod iam ei non expedit. At donatio sine damno donatarii revocatur: hac enim revocata dici quidem potest donatarius lucrum non facere, seu lucrum, quod prius ex donatione fecerat, non retinere; damnum autem facere dici non potest, quia hic nihil ei abest de suo: est autem damnum patrimonii nostri deminutio. *L. 3. D. de dam. infect.* Porro ut in re, sic & in iure multum interest, amittat quis debita, aut sua; an lucra non capiat, ut est in *L. ult.* vers. *pen. sup. de codic.*

Quartum † est in hac conditione, ut 8
patronus donet omnia bona, vel partem aliquam facultatum, quod ad res universim donatas pertinet. Quid ergo, si donet res aliquas singulas, ut neque donet omnia sua, neque dicat se donare partem certam bonorum, puta dimidiam, tertiam, quartam? Nihilominus idem iuris erit, ut susceptis videlicet postea liberis res donatæ revocentur: quia & hæ superioribus verbis continentur. Sunt enim & ipsæ pars bonorum, utpote & ipsæ ex bonis, & eæ, quibus bona constant. *L. si quis cum totum, in princip. & §. ultim. D. de except. rei iud.* Unde & illud responsum est, inter legatum partis bonorum, & legatum rerum singularum nihil interesse, nisi quod in legato partis bonorum electio datur heredi, utrum det res singulas, an rerum æstimationem. Sed utrumvis fecerit, semper verum est res singulas, ut bonorum partes, legato contineri. *L. non amplius, §. ult. D. de legat. 1.* Loquitur quidem hæc constitutio de parte non bonorum, sed facultatum. Sed facultatês cuiusque & bona idem valent, *L. nam quod, §. ult.* iuncta *L. cogi, in princ. D. ad Trebell.*

Quintum,† & postremum exigit conditio huius legis, idque vel præcipue: ut 9
patronus qui donavit, liberos non habens, postea liberos susceperit. Ita liberis postea susceptis, si cætera concurrant, donationis revocatio est ex hac lege. Quid ergo, si qui nati erant, iidem deinde vivo donatore decesserint, & eo quidem donatore, qui donatione aperte non revocata obierit: an nihilominus manebit revocatio; an vero donatio, quæ agnatione liberorum infirmata erat, sublatis postea liberis convalescet? Plerique putant

tant convalescere, cum ob alias caussas, tum ob hanc maxime, quod caussa huius revocationis cessare videtur sublatis postea liberis: sic autem ius est, ut cessante caussa beneficii, cesset & beneficium. Sed verius est, quod & Bartolus recte sensit adversus illus differens in *L. Titia, §. Imperator, D. de legat.* 2. liberis semel post donationem susceptis ab eo donatore, qui liberos non habens donavit, ita donatas res redire ad donatorem ex beneficio huius legis: ut quamvis postea liberi vel statim decesserint, nihilomagis convalescat donatio, restituaturve in pristinam caussam, sed donatum maneat perpetuo penes donatorem. Si verba legis spectamus, propemodum id exprimunt. Volunt enim donatum ita redire, ut in dominio donatoris deinceps maneat. Vetant ergo id ullo casu auferri. Ablatum enim quovis casu, non maneret. Si rationes iuris quærimus, hæ sunt complures, quæ rem minime dubiam efficiunt. Primum inest in beneficio huius legis, ut dominium rerum donatarum statim ad donatorem redeat susceptis liberis, ut postea dicetur. Certi iuris est, quod cuiusque factum est, id ab invito domino ad alium non transire. *L. id quod, D. de reg. iur. L. si procurator meus, D. de acqu. rer dom.* Tum autem ut nihil aliud ex hac lege acquireretur donatori, quam conditio rei donatæ, atque ita post susceptos liberos res maneret donatarii, ut ante; tamen vel hæc ipsa caussa satis est, ne confirmetur donatio quovis casu invito donatore. Nam & hoc iuris certi est, actionem alicui semel quæsitam invito eo resolvi, eique auferri non posse. *L. habere, in fi. D. de evict.* Postremo eodem beneficio legis efficitur, ut quemadmodum res redit ad donatorem: sic prius a donatario recedat, unaque & actio omnis, quæ illi eo nomine competierat, extinguatur. Non minus autem & hæc iuris certi sententia est, actionem semel extinctam eventu non revocari. *L. Mevius, §. duorum, D. de legat. 2. L. qui res, §. aream, D. de sol.* Disputari tamen contra solet: in eoque tria afferuntur, quæ opponuntur superiori sententiæ, de quibus breviter respondebo.

10 Primum † opponitur exemplum testamenti rupti, unde hæc ratio ducitur. Paria sunt, ut videtur, per omnia testamentum agnatione liberorum ruptum, & donatio agnatione liberorum irrita facta. Utrobique enim proponuntur res similiter irritæ factæ: & ambæ irritæ ex eadem caussa, puta ob liberos postea natus; illic testatori, hic donatori. At testamento natis postea liberis rupto, si iidem liberi vivo testatore deinde decesserint, quod prius subtilitate iuris nullum erat, iure prætorio tanquam sublato impedimento, quod prius obstabat, convalescit. *L. postumus, D. de iniust. rup.* Par est igitur, ut donatio, quæ ex hac lege irrita facta erat ob natos postea liberos, iisdem postea vivo donatore decedentibus convalescat. Sed etsi hæc prima fronte similia videri possint: multa tamen in his sunt longe dissimilia, quæ & ius illarum rerum in eo, de quo quæritur, merito distinguunt. Testamentum, in quo postumus præteritus est, agnatione postumi rumpitur iure civili. Et hoc iure quamvis mortuo postea postumo testamentum non restituitur: quia eo iure nullum est, quod & ipsum in donatione agnatione liberorum revocata servari dicimus. Sed confirmatur testamentum iure prætorio, si mortuus erit deinde, qui natus erat. Merito: quia & potest, & æquum est confirmari iis de caussis, quarum nulla cernitur in donatione semel revocata. Testamentum nato postumo, qui præteritus erat, rumpitur, sed subtilitate iuris civilis; cæterum re ipsa & natura nihilominus manet. Superest enim semper scriptura eadem testamenti, eædem subscriptiones, atque eadem signa testium; sed & voluntas testatoris. Quare si moriente deinde statim eodem postumo confirmetur a prætore testamentum, mirum videri non debet: est enim quod confirmetur, quod agnatione postumi tolli non poterat. Atque hinc prætoris confirmatio, ut declaratur *in §. non tamen, Inst. quib. mod. test. infir.*

At donatio semel irrita facta ob liberos postea susceptos, in totum ita tollitur ex hac lege, ut nihil inde supersit. In totum enim recedit dominium a donatario, & eadem opera ad donatorem redit. Quo fit, ut mortuis postea iisdem liberis, non confirmetur donatio, quia nec potest, quæ nulla est. Præter rem, quæ subest in testamento, est etiam magna caussa, cur sublato deinde postumo ipsum confirmetur. Manet enim eadem voluntas testatoris, quæ prius fuerat, & hanc etiam publice interest exitum habere. *L. vel negare, D. quem. testam. ap.* In donatione, quæ irrita facta est, omnia contra. Sic enim res ad donatorem redeunt, ut non modo dici non possit interesse, voluntatem donatoris de confirmanda eadem donatione ratam haberi, quod certe dici non potest, etiamsi hæc ulla voluntas esset; sed ne hic quidem quidquam proponatur de eius voluntate, cur velit eas res iterum a se di-

sce-

Digitized by Google

fcedere, & donationem revocari. Invito autem eo donatio confirmari non poteft. Nulli enim debet ius fuum auferri. *L.* 2. *D. de his, qui funt fui, vel al. iur.* Huc accedit, quod cum teftamentum fublato poftumo confirmatur, uti fit hoc teftatoris voluntate; ita fit & fine eiufquam iniuria. Cum enim vivo teftatore nafcitur poftumus, fimul & moritur, fi fcriptis teftamento heredibus tribuitur hereditas, ea prius nullis adimitur, ne poftumo quidem, aut eius heredibus; quia prius nulli quæfita erat, viventis enim nulla eft hereditas. *L.* 1. *D. de her. vel act. vend.*

At donationem femel revocatam ob liberos poftea natos, iifdem ftatim mortuis confirmare fine manifefta iniuria donatoris non poffumus. Huic enim per infirmationem donationis res quæfitæ erant, aut condictio: quas res illi adimimus, fi donationem confirmamus. Hoc vero neque ius, neque æquitas patitur. Nihil igitur fimile in teftamento rupto convalefcente, cur huius exemplo fimiliter & donatio in propofito convalefcere debeat mortuis iis liberis, quorum agnatione interciderat. Obiicitur etiam exemplum *L. fœmina, in fi. fup. de fec. nupt.* Ubi fœminæ liberos habenti, fi tranfierit ad fecundas nuptias, adimitur poteftas omnis alienandi res a marito priore profectas. At iidem liberi fi deceflerint, redit alienandi poteftas. Dicamus igitur, inquiunt, hoc idem in donatione, ut fi auferatur propter liberos, iifdem poftea de medio fublatis reftituatur. At quam nihil eft in hoc exemplo fimile? Non enim fœminæ fuperiori adimitur illarum rerum alienatio fub conditione, fi liberos habere cœperit, aut fi liberos quandoque habuerit; fed ad tempus, quamdiu habebit liberos. Proinde iifdem verbis legis illi conceditur, fi liberos habere defierit. Non fic revocatur in propofito donatio; fed hac conditione, fi liberos poftea fufceperit. Quæ conditio impleta fine ulla præfinitione temporis & in perpetuum revocat donationem. Sed præcipue moventur quidam illa ratione, quam fupra attigimus, cauffa beneficii ceffante, ceffare & beneficium, ficuti & natura in omnibus rebus accidit, ut fine cauffa non fit effectus *L. in omnibus cauffis id obfervatur, D. de reg. iur.* Hoc enim pofito ita affumunt: at donatio in propofito revocatur propter liberos poftea fufceptos, atque his poftea mortuis ceffat cauffa revocationis. Quo efficitur & his mortuis deficere beneficium legis, eoque & convalefcere donationem, quæ prius agnatione liberorum irrita facta erat. Et puto nil verius dici in univerfum, quam cauffa ceffante ceffare effectum. Sed † falfum eft in pro- 11
pofito cauffam beneficii huius legis ceffare, fi liberi, qui poftea fufcepti erant, decedant deinde vivo donatore. Cauffa enim revocationis hæc eft inter cætera: quia liberi poftea fufcepti funt. Hæc cauffa femel impleta ceffare, aut deficere non poteft. Quantumvis enim vel millies, fi fieri poffet, liberi poftea deceflerint: tamen femper verum erit liberos a donatore fuiffe fufceptos, nec quominus ita fufcepti fint, ullo eventu poteft fieri, facta enim infecta fieri non poffunt. *L. in bello, §. facti, D. de capt.* Defiuere quidem poffunt effe liberi; at fufceptos eos effe, quæ huius revocationis caufsa eft, nunquam verum effe definet. Stet igitur hæc fententia: Si patronus liberos non habens aliquid de bonis fuis liberto donaverit, & is poftea fufceperit liberos, fic donationem infirmari, & donata ad donatorem redire, ut cum redierint, perpetuo maneant, quifquis erit liberorum eventus.

Cauffam beneficii huius legis habemus: beneficium quale fit, videamus. Id continetur his verbis: *totum quidquid largitus fuerat, revertatur in eiufdem donatoris arbitrio ac ditione manfurum.* Quo indicantur hæc tria: cui tribuatur hæc revocatio; quantum revocetur, & quo iure, quove effectu.

Tribuitur † ergo revocatio donatori, 12
ad quem donata redeunt, non item liberis poftea fufceptis: ut intelligamus, etfi liberi poftea fufcepti huic revocationi cauffam præbeant, nihil tamen illorum cauffa conftitui: certe nihil his tribui, fed tantum patri donatori, qui hac lege donavit, ut datum redderetur, fi liberos poftea fufciperet, quæ conditio exftitit liberis fufceptis, de quo mox plura. Sequitur igitur, ut five liberi ratam habeant donationem, five non habeant, & five vivant, five moriantur, nihilominus donatori revocatio ftatim competat, & femper: quorum utrumque diverfum eft in revocatione inofficiofæ donationis, quippe quæ liberorum cauffa conftituta eft, non donatoris.

Eademque † ifta de cauffa ex benefi- 13
cio huius legis ob fufceptos poftea liberos, totum revocatur, quod donatum eft: non ut in inofficiofa donatione, tantum, ufque ad debitum liberis bonorum fubfidium. Sed de hac diffimilitudine dicam paulo poft plenius, ubi locus incidet iftas fpecies diftinguendi, ne ius de una conftitutum videatur alterius iuri adverfari.

Nunc tantum indicare satis est, ne frustra videamur monere, donatori hic consuli, & simul eodem beneficio totum revocari.

14 Revocatur † autem hic donatio ipso iure, idest, ita ut sine facto donatarii, itemque donatoris dominium donatario recedat, & ad donatorem legis huius beneficio transeat. Id enim dicimus exsistere ipso iure, quod exsistit iure solo, sine opera cuiusquam. §. *sui*, *Inst. de hered. quæ ab int. def.* Duo priora verbis huius legis expressa sunt, ut non egeant probatione. Tertium non est expressum, sed tantum significatur illis verbis; *donatum revertatur in donatoris arbitrio ac ditione mansuram.*

15 At † dubitari potest de verbo *revertendi*: nam quæ a donatario redduntur donatori, non male, opinor, dicantur reverti: uti & quæ traduntur alii a domino, dicuntur transire. *L. id, quod nostrum. D. de reg. iur.* Cur ergo ex his verbis dicamus donata redire ad donatorem statim & ipso iure: ex eorum verborum significatione amplius cognoscendum est. Et vero reverti proprie id significat. Ut enim ire dicitur proprie, qui per se it: qui autem alieno facto, magis dicitur aut agi, aut duci, aut ferri, vel portari: *L. 1. D. de ser. rust. præd. L. ferri, D. de verb. sig.* ita redire & reverti dicuntur, quæ per se redeunt; quæ autem aliena traditione, magis transferri, aut restitui, reddive. §. *per traditionem, Inst. de rer. divis.* Atque hic fere huius verbi usus est in iure: ut cum dicimus bona a patre in filiumfamilias profecta ad patrem reverti: ubi significatur, hæc bona ita reverti ad patrem, ut etiam maneant in dominio eius ipso iure. §. 1. *Inst. per quas pers. nob. acq.* item cum dicimus, ædificio sublato, quod in littore positum erat, locum in pristinam caussam reverti: *L. in tantum, in pr. D. de rer. divis.* ut intelligamus locum fieri publicum ut ante, sua sponte, sine cuiusquam facto. Quare ex hac significatione & hoc caveri in hac lege intelligendum est, ut totum quod donatum est, donatarii esse desinens, statim ad donatorem transeat iure ipso sine ulla donatarii restitutione, aut donatoris possessione. Didicimus enim a proprietate verborum recedendum non esse, nisi manifestum sit aliud sensisse scriptorem. *L. non aliter, in pr. D. de legat.* 3. Id amplius verba sequentia confirmant in *L. si unquam*: addit enim lex, *revertatur in arbitrio donatoris ac ditione mansurum.* Et dicuntur esse arbitrii & ditionis nostræ, quorum arbitri & moderatores sumus, eæ autem sunt res nostræ, seu quæ sunt dominii nostri. *L. in re mandata, sup. de mand.* Vult ergo lex sic donata ad donatorem reverti, ut sint in dominio viventis, & maneant: neque enim manere possunt, nisi quæ prius pervenerint. Vult igitur statim redire, nec donatarii factum, aut restitutionem desiderari. Nam si hanc exspectamus, sæpe eveniet, ne res donatæ post susceptos a donatore liberos, subiiciantur dominio donatoris, nedum in eius dominio maneant. Multis enim modis accidere potest, ne ei vivo restituantur, vel quod ante mortuus sit, quam repeteret, vel quod ante mortuus, quam repetenti redderentur. Et ita *revertendi* verbum, & beneficium huius legis vulgo recte acceperunt. In quo ius singulare revocationis notandum est. Nam quæ ita donantur inter vivos, ut fiant accipientis, si revocata donatione restitui debeant: ita revocatur donatio, ut non aliter rursum fiant donatoris, quam si ei reddita sint, & tradita a donatario: iuxta regulas iuris, quæ ad transferendum dominium ad eum, qui dominus non erat, & voluntatem prioris domini exigunt, & traditionem, qua & res in possessionem novi domini veniat. *L. id, quod nostrum, D. de reg. iur. L. traditionibus, C. de pact.* Beneficium est igitur, & quidem singulare, contra rationem iuris communis donatori in hac specie tributum. Cui locum fecit persona donatoris. Observandum est enim id tribui patrono adversus libertum, quod non item tribueretur in simili revocatione aliis donatoribus. Hoc † iure posito, consequens est id, quod 16 Accursius sine probatione quidem, vere tamen scripsit ad hanc legem *in fine*, donatori patrono post liberos susceptos & actionem in rem competere, & condictionem: illam, qua vindicet res donatas a possessoribus; hanc, qua condicat rerum donatarum possessionem a donatario, eiusque heredibus. Vindicationem esse certum est, hæc enim omnibus dominis competit, *L. in rem, D. de rei vind.* Posuimus autem donatorem iam inde a liberis susceptis retro dominum factum esse ipso iure. De condictione potest dubitari, propterea quod ita traditur, neminem rem suam condicere præterquam a fure. *L. ult. D. usuf. quem cau.* §. *sic itaque, Inst. de act.* Et sane res ipsas donator, idemque dominus condicere non potest, ut fiant eius, quæ iam satis eius sunt. Sed potest condicere rerum possessionem quæ eius non est, quippe quæ ad eum nisi naturali apprehensione pervenire non potuit. *L. 1.*

L. 1. *L.* 3. *in pr. L. cum heredes, in pr. D. de acq. pos.* Deque ea re ita ius
16 est: quoties dedi tibi, quod necesse habeas iure mihi reddere, si dominium in te translatum non est, puta quia rem alienam dedi; aut translatum quidem dominium, sed quod apud te esse desiit, ut in proposito: toties mihi condictio competit, saltem ut possessio reddatur: ut de re indebita soluta, quæ aliena erat, responsum est in *L. indebiti*, §. 1. *D. de cond. ind.*

17 Est † tamen & hic illa dubitatio. Est enim condictio actio in personam. *L. actionum, D. de obl. & act.* §. *sic itaque Inst. de act.* Quod si in personam, etiam ex obligatione: cum non sit in personam actio, nisi adversus eum, qui nobis obligatus est. Dicta *L. actionum*, §. 1. *Inst. de act.* Quod si qua hic donatarii obligatio est ad possessionem rerum reddendam, necesse est ex una aliqua earum caussarum nasci quas ius agnoscit, contractu, quasi contractu, maleficio, aut quasi maleficio. Ex qua igitur volumus? Constat hic nullum esse maleficium, aut quasi maleficium donatarii. Nec quasi contractus quidem intelligi potest in ea re, quæ communi consensu gesta est inter aliquos, unde & obligatio oritur: qualis est donatio, quæ proponitur. Relinquebatur igitur ad condictionem in proposito contractus. At nullus contractus sine consensu de ea re, de qua agitur, *L.* 1. §. 1. *D. de pact.* ubi autem iste consensus de re susceptis postea liberis restituenda? ubi res simpliciter & sine ulla conditione restituendi data est? Sed ne dubitemus obligationem hic esse ex contractu & negotio gesto: idque ideo, quia ex conventione & consensu. Est enim hic conventio inter donantem patronum, & libertum accipientem interposita: tacitâ illa quidem, attamen conventio, quam hæc lex admisit. Id ita esse sic intelligere possumus. Aut enim obligatio ad reddendam possessionem constituta est hac lege propter liberos ipsos; aut si quid est caussæ extra liberos, necesse est caussam esse in voluntate donatoris, qui hac mente & lege dederit, ut si liberos postea susciperet, sibi donata restituerentur. Propter liberos solos non esse constitutam hanc revocationem, non difficile est intelligi ex constitutione: alioqui enim aut tribueretur revocatio liberis, non donatori; aut si donatori propter liberos tribueretur, non tantum propter liberos post donationem natos, sed etiam propter eos, qui tempore donationis nati essent, quorum utrumque lex non vult. Restat igitur, ut intelligamus caussam revocationis esse in tacita mente & cogitatione patroni ideo donantis, quia liberos non haberet, ac si haberet vel tum, vel postea, donatum nollet. Ex quo intelligitur ita donasse, ut donatum maneret, velut ob caussam, si liberos non susciperet: quod si susciperet postea, velut caussa non secuta, vellet donatum ad se reverti. Estque hæc coniectura voluntatis maxime probabilis, eademque recepta iure in persona patris, ut existimetur in liberali erogatione bonorum suorum nolle extraneos liberis suis anteponere. *L. cum acutissimi, in fin. sup. de fideicom.* Nondum satis ad conventionem, donatorem hac mente fuisse, ut sibi donatum reddi vellet, nisi & donatarius eadem lege acciperet. Est enim conventio non unius voluntas, sed duorum pluriumve consensus. *L.* 1. *D. de pactis*. Sed etsi convenisset tantum, ut res redderentur, non tamen efficeret hæc conventio, ut caussa non secuta dominium ipso iure rediret ad donatorem; sed ut obligaretur tantum donatarius ad reddendum. Hic ergo consistit beneficium huius legis, duo patrono donatori tribuens. Primum, ut eius mens & voluntas de infirmanda donatione si susceperit liberos, rata sit: perinde quasi eam legem dixerit donationi, libertus autem eandem legem acceperit: nam hoc nisi fit, nulla est donatoris revocatio, *L. si repetendi, C. de cond. ob caus.* Alterum, ut videatur patronus ita legem dixisse, ut susceptis postea liberis non redderetur donatum, sed pro non donato haberetur, atque hoc modo ad donatorem rediret: libertus autem in hanc ipsam legem consensisse. Utrumque recte præsumptum ex conditione personæ eius, qui accepit, liberti. Est enim, cur existimetur libertos pro officio idem sensisse, & concessisse patrono, propter honorem & affectum, quem debet cum patrono, tum liberis eius. Tacita igitur hic conventio inter dantem & accipientem lege confirmata. Unde & obligatio huius generis ex contractu, quia ex consensu. Non enim quia conventio tacita est, eo minus valet, quam expressa. *L.* 4. *D. de pact.* Et quoniam donatarius obligatur hic ad reddendum: apparet eum re obligari, qui ideo obligatur, quia prius rem acceperat. §. 1. *Inst. quib. mo. re cont. obl.* Ex quo condictio donati quam hic quærimus, tanquam dati ob caussam caussa non secuta

Cognita sententia legis de beneficio revocationis, quod hic propter liberos po-

Digitized by Google

ftea fufceptos tribuitur donatori patrono, fupereft, difcutiamus diligentius, utrum ex hac lege, aut ullo alio iure idem tribuatur, aut tribuendum putemus donatori extraneo. Vulgo, ut dixi, invaluit hæc fententia vetus, legem hanc ad omnes donatores etiam extraneos pertinere: ut quifquis liberos non habet, fi donet, & poftea fufceperit liberos, eodem iure donata ad eum revertantur. Et quidem ita accepta eft hæc fententia iam olim etiam a Bartolo, ut ne in eam quidem ille inquirendum putaverit: ubique videlicet eam pro explorata fumens, & ad eam reliquas quæftiones & refponfiones fuas accommodans, maxime *ad L. Titia*, *§. Imperat. D. de legat.* 2. De qua prius, quam dico, paucis præfabor: fi alicubi translata fit hæc opinio in mores, aut legem fcriptam, non effe ius iniquum, & ut reliqua iura fervandum effe. *L.* 2. *L. de quibus*, *D. de legib.* Sed & fi fint aliquæ præfecturæ, aut aliqui magiftratus, qui contrariam fententiam omnino non audiant: fuadendum eft, non effe temere fufcipiendam defenfionem eius rei, quæ obtineri non poteft: præfertim ubi amiffa cauffa fequatur periculum famæ cum da-

18 mno litis coniunctum. Sed † fi nobis res fit apud eos magiftratus, qui patiantur fe regi iure communi, & vinci rationibus, & quæritur, quid hic ftatuendum fit ex iure civili, & Pontificio: fine hæfitatione contendo nihil minus verum effe, quam donationem perfectam ab eo, qui liberos non habuit, revocari liberis ab eo poftea fufceptis: excepto folo patrono donatore, de quo ius fingulare hic conftitutum eft. Id ut certius liqueat, paulo pluribus demonftrabo, omnia, in quibus fit aliqua auctoritas iuris, reclamare. Primum ipfam hanc *L. fi unquam*, maxime: tantum abeft, ut ex ea potuerit, aut debuerit colligi illa fententia. Secundo loco ius commune in univerfum, eiufque regulas. Tertio optimam fententiam Auguftini de hac fpecie diferte contra fcriptam, quæ & ipfa pro iure accepta translata fit in ius Canonicum, & quodnam in eo fuerit etiam ius civile, dilucide oftendit. Omnia tamen hac lege: ut fi forte apud aliquos hanc fententiam non obtinebimus, non ideo his fupervacua fint ea, quæ fupra de reliqua fententia legis differuimus; fed pariter eos adiuvent, ut quæ ad omnem donatorem, cui ex hac lege revocandæ donationis poteftas eft, ex æquo pertineant. Volunt autem ifti ad omnes donatores fententiam huius legis porrigi; quod nunc negamus. Iam ergo ad id refellendum, ut inftitui, quia minore cum damno id futurum eft, libentius accedo.

Inprimis, ut propofui, refragantur † 19 manifefte verba & ratio huius legis, quominus exiftimetur hoc beneficium pertinere ad donatores extraneos. Primum, ut nihil fit aliud, lex de patrono donatore, & liberto donatario tantum loquitur. Non enim ita fcripta eft: *fi quis cui donaverit*, fed nominatim, *fi patronus libertis donaverit*. Hæc interpretatio in huiufmodi legibus apud omnes iuris auctores pro certa recepta eft: Quoties lex de certis perfonis tantum loquitur, quibus aliquid beneficii tributum voluit, legem ad alias perfonas non pertinere. *L. fi vero*, *§. pen. D. fol. mat. quem dos pet. L. quod conftitutum D. de teft. mil.* Quare quod patrono tantum nominatim hic tribuitur, non poteft ex hac fententia non videri denegatum cæteris donatoribus. Quæ ut interpretatio a nullis veterum conftituta effet; tamen manifefta ratio fuadet legem ita accipi oportere. Eft enim hæc in primis præceptis legum omnium, femper legem ita accipiendam, ne fit fupervacua, aut inepta. *L.* 5. *in fi. D. de captiv.* quia fcilicet aliter prudentiæ legislatorum non convenit. At fi *L. fi unquam* fic accipimus, ut pertineat beneficium legis ad omnes donatores; non tantum fupervacue, fed etiam inepte refertur conftitutio ad certam perfonam patroni. Cur enim nominatim de patrono tantum dicitur, quod æque ad omnes pertinet? præfertim cum ut verius, fic & facilius dici potuerit hoc modo: *fi quis cui donaverit*, quam *fi patronus liberis donaverit*: Sed quo magis ex his verbis id dicamus, hoc accedit, quod lex de patrono tantum non fimpliciter loquitur, ei fuperius beneficium tribuens; fed ita, ut tribuat ei beneficium nominatim fub conditione, fi unquam patronus libertis donaverit. Nihil eft certius, quam quod fupra pofui: in omnibus legibus, in omnibus fcriptis atque conventionibus, quod fub conditione datur, fub contraria conditione adimi, & contra quod adimitur fub conditione, fub contraria conditione dari. *L. quibus §.* 2. *D. de cond. & dem. L.* 1. *verf. huius*, *D. de off. eius*. *L. fi procuratorem*. 8. *§. fi ignorantes*, *in fin.* iuncto *§. fequent. D. mandati*, *L. pecuniam*, *D. fi cer. pet.*

Quare hac conditione tributa revocatio, fi patronus donaverit, non poteft ex his verbis, quin fub contraria conditione denegari intelligatur, fi patronus liberto non donaverit. Idque etiam, ab iftis, qui diffentiunt, admitti neceffe eft, vel ipfis aucto-

auctoribus, si modo sibi consient. Cur enim vulgo volunt non infirmari donationem, si donator liberos habens donaverit? nempe quia hac lege infirmatur sub conditione, *si liberos non habens donaverit*. Ex quo intelligitur sub contraria conditione donationem statui. Item cur volunt donationem, permutationem a patrono initam cum libertis non revocari ob liberos postea susceptos, quia revocatio huius legis est sub conditione, si patronus donaverit. Unde intelligatur sub contraria conditione cætera excludi. Postremo cur volunt non liberis ante donationem natis, at liberis postea susceptis donationem revocari: cum potius convenire videretur, ut quod tribuitur natis postea liberis, idem tribuatur citius iam natis & superstitibus? non ob aliam caussam, quam quod conditio hæc erat, si patronus *postea* susceperit liberos: qua conditione deficiente necesse est revocationem denegari: quod nihil aliud est, quam denegari sub contraria conditione. Concedant igitur oportet ex eadem hac sententia sua, beneficium huius legis non tribui extraneis donatoribus quia hæc quoque conditionis legis pars sit, si donaverit patronus libertis: ipsi autem in reliquis partibus conditionis consentiunt, quod sub conditione constitutum est, sub contraria denegari. Si ratio legis quæritur, non minus & hæc adversatur sententiæ superiori: neque enim eadem est conditio extranei donatoris & donatarii: patroni donatoris & liberti. Sed de hac ratione dicetur opportunius infra in iis, quæ pro ista sententia afferri solent.

20 Venio † ad alias partes iuris, de quibus pariter constabit, non minus eas in universum eidem sententiæ refragari: in quibus hæc sunt. Quæ ab initio recte gesta perfectaque sunt, eventu non infirmantur, quanvis in eum casum inciderint, a quo incipere non poterant: multoque minus, si inciderint in eum, a quo poterant incipere. *L. in ambiguis*, §. 1. *D. de reg. iur.* §. *furiosi*, *Inst. quib. non est per. fac. test.* Donatio quæ proponitur, iure perfecta est, nulla nominatim conditione addita repetendi. Quocirca nullo eventu liberorum postea susceptorum infirmari potest; præsertim cum liberis susceptis extiterit ille casus, a quo donatio incipere ita poterat, ut non metueret donatarius revocationem: nam si donator liberos habens donasset, effectum est donationem revocari non posse. Item, quæ consensu duorum pluriumve geruntur, ad ea gerenda liberum est cuique accedere, aut non accedere. Re autem consensu semel contracta & perfecta, nulli contrahentium licet ab ea recedere invito adversario. *L. sicut*, *sup. de obl. & act.* Merito: est enim regula naturæ, quæ dictat, nulli ius suum detrahendum. *L. 2. D. de his qui sunt sui, vel alien. iur.* qua eadem efficitur, actionem alicui semel quæsitam ad res acceptas persequendas, aut exceptionem quæsitam ad res retinendas nulli auferri posse. *L. habere, in fi. D. de evict. L. ult. D. de pact.* Proinde nec poterit auferri donatori in proposito, postquam res donatæ simpliciter in eum translatæ sunt. Hinc superior regula cum in aliis negotiis omnibus tum maxime in donationibus obtinet: de qua hæc nota est, & crebro usurpata iuris certi sententia, semel perfectam donationem, cui lex ab initio dicta non sit, revocari non posse. *L. cum ancillam*, *L. si repetendi*, *Cod. de cond. ob caus. L. 5. L. 6. sup. de revoc. don* Una exceptio est in donatione, nisi sit iusta aliqua caussa donationis revocandæ. Hanc enim ob ingratitudinem donatarii revocari posse constat. *L. ult. & tot. tit. hic.* non alia ex re, quam quod hæc revocationis iusta caussa habita est, ingratitudo donatarii. Sed tamen revocandi iustam caussam semper subesse oportet. At ubi extraneus donator liberos suscepit postea, nulla hic caussa est ad donationem revocandam: Erit enim hæc caussa aut in donatario, aut in donatore aut in liberis postea susceptis. Nihil horum est. Non est ulla omnino in donatario, quia nihil admisit, quamobrem donatum amitteret, ut fit, cum donatarius se ingratum præbuit. Non est in donatore, qui simpliciter donans nihil ostendit, cur vellet aliquo casu donata ad se reverti. *L. 1. D. de don.* Et ut forte apud se fuisset hoc animo, ut vellet aliquid sequi, quo non secuto nollet donatum manere; tamen nihil hoc ei prodest ad revocationem, nisi nominatim eam caussam & conditionem adiecerit donationi: placetque non propterea donationem revocari posse, ut diserte traditum est in *d. L. si repetendi*, *sup. de cond. ob caus.*

Non est etiam caussa ad revocandum in liberis postea susceptis. Nam si nati sunt facto donatoris, utpote ab eo procreati, nemo facto suo actionem exceptionemve alteri quæsitam potest ei auferre, aut mutare: *L. debitorem*, *sup. de pig.* & generaliter nemo alterius conditionem potest deteriorem facere. *L. solvendo*, *D. de neg. gest. L. non debet alteri*, *D. de regulis iuris*. Sed & propter liberos so-

lum non revocari donationem ex hac lege, hinc facile intelligi potest, quod lex revocationem solum dat ob liberos postea susceptos: & ei, qui tunc cum donabat, liberos non habuit. Quod sane futurum non erat, si lex in eo habuisset rationem liberorum. Nam alioqui idem tribuisset & natis iam ante, quibus ut filiis non minus consuli oportuit. Fortasse etiam magis propter prærogativam nascendi. Adde his ex iure communi exemplum legatorum, quod superiorem sententiam perspicue refutat. Constat facilius revocari legatum voluntate testatoris, quam donationem voluntate donatoris. Nam legata pendent ex unius testatoris voluntate, eaque ambulatoria usque ad ultimum vitæ spiritum: quamobrem & sola voluntate testatoris etiam tacita revocantur, *L. 3. in fi. L. 4. D. de ad leg.* Donatio quoniam duorum consensu constat, non potest donatoris voluntate revocari invito donatario, *d. L. sicut, sup. de obl. & act.* Atqui legatum ipsum propter liberos postea a testatore susceptos non revocatur: finge aliquid relictum codicillis ab eo, qui liberos non habebat, deinde postumum natum: placet nihilominus legata deberi ab intestato: *L. ab intestato, D. de eod.* finge testamentum factum præterito postumo, aut liberis iam natis, quos putabat pater mortuos. Placet ad eos liberos, qui postea extiterint, sic hereditatem pertinere infirmato testamento: ut nihilominus legata eo testamento relicta debeantur: *auth. ex caussa. sup. de lib. pret. vel exh. L. ult. D. de her. inst.* quo fit, ut nihil eorum propter susceptos postea liberos revocetur. Multo ergo minus liberis post donationem donatori natis propter eos revocabitur donatio. Sive enim quæritur facultas revocandi in eo, qui legavit donavitve: hæc plena est & libera est in testatore legante; sive revocandi voluntas: multo plus tribuitur supremæ voluntati, quam viventium. *L. 1. supr. de sac. ecc. L. vel negare, D. quem test. ap.* Quare si is, qui cum vult legatum revocare, potest, non intelligitur tamen revocare, si ei postea liberi nati sint, qui & fiut heredes: multo minus existimandus est revocare donationem ob liberos postea susceptos, qui etiam si velit, id facere solus non potest.

21 Tertio † loco exstat de hac ipsa specie, quam tractamus, sententia Augustini, quam si audimus, omnis quæstio tollitur. Exstat autem in *c. ult. 17. q. 4.* ibi inter alia hæc verba sunt: ***Quam laudabile factum sancti Aurelii Carthaginiensis Episcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec speraret: res suas omnes retento sibi usufructu donavit ecclesiæ: nati sunt ei filii nec opinanti.*** Agnoscimus per omnia ipsissimam speciem, de qua nunc quæritur. De iure ita subiicit: ***reddidit episcopus ea, quæ ille donaverat. In potestate habebat episcopus non reddere, sed iure fori, non iure poli.*** Hactenus ille, quod ad hunc locum pertineat. Ait igitur in specie proposita susceptis postea a donatore liberis, non eo magis donatarium cogi reddere, eoque nec ad donatorem reverti, id, quod volumus. At quo iure? Iure fori, inquit, idest, eo iure, quo in foro utuntur, idest, iure publico, legibus, constitutionibus, moribus: hæc enim sunt iura, quæ iubetur quivis iudex in foro observare. *Instit. de off. iud. in princ.* Si quæritur, an hæc sententia pro iure habenda sit: non potest dubium esse apud eos, qui iuri pontificio iuris publici auctoritatem tribuunt, quod faciunt ii fere, qui sententiam illam vulgarem defendunt. Nam sententia Augustini superior in ius canonicum relata est. Sed tamen dicent aliter iure civili cautum, nec posse in hac re ius Pontificium iuri civili derogare: iden de iure civili hic quærendum esse. Agnosco vere dici, ac volo etiam sententiam Augustini in hac re sic accipi, ut sit tantum privati hominis sententia, quæ ipsa per se pro iure non valeat. At certe illud tenebimus, saltem haberi eam debere pro idoneo & vero testimonio, quo ille testatur iure civili, & publico non revocari donationem donatori extraneo ob liberos ab eo postea susceptos, quanvis tunc, cum donabat, nullos habuerit, nec sperarit. Nam Augustinus etiam iuris doctrina eruditus fuit, ut multa eius scripta indicant. Sed eo non moveor. Esto, non fuerit ille iurisconsultus: at quod inter omnes doctos & pios convenit, vir fuit præter eximiam doctrinam, summa tum pietate, tum prudentia præditus: fecit pietas, ut nollet mentiri: prudentia, ut nollet temere affirmare, quod nesciret, quod est summæ stultitiæ. Hinc intelligi volumus, Augustinum, cum superius illud scripsit, aut ipsum per se cognovisse, ita ius esse; aut si ius non didicerat: iurisconsultos sui temporis eruditos consuluisse, a quibus intelligeret, quid de ea re in foro servaretur, atque id ius pro certo accepisse. Quæ res declarat fuisse hanc illius temporis iurisconsultorum receptam sententiam. Ex qua etiam intelligimus statuisse eos donationem propter liberos postea susceptos non tantum non revocari iure alio

alio quovis communi; sed nec *L. si unquam*, de qua præcipue quæritur: siquidem ea iam multo ante edita tum in usu erat. Est enim lex Constantii. Augustinus autem vixit temporibus Theodosii prioris & posterioris, qui longo post tempore secuti sunt Constantium. Quæ cum ita sint: res, mihi dubitationem habere non videtur, quin in donatore extraneo, qui liberos non habens donavit, non revocetur donatio propter liberos postea susceptos: præterquam sit inofficiosa donatio, de qua postea nonnihil dicemus.

Reliquum est, ut quæ contra afferuntur ad defensionem vulgaris illius sententiæ, cognoscamus: de quibus iam dicam, & sigillatim respondebo. Et primum ac præcipuum firmamentum eius sententiæ illis positum est in hac *L. si unquam*, qua & id ipsum statui volunt. Atqui iam ante satis ostendimus non modo id ex verbis non colligi, sed etiam verba aperte re-
22 clamare. Et † de verbis non negant id verbis non exprimi, quod & ipsum negari non potest. Est enim lex nominatim scripta de patrono donatore, & libertis donatariis. Sed dicunt effici legis sententia. Sententiam enim intelligi ex ratione legis: hanc autem eandem esse in extraneis donatoribus & donatariis, quæ in patrono donatore & donatariis libertis. Porro in quibus caussis eadem ratio est, in his etiam ius idem statui debere; quia lex id senserit, *L. illud, D. ad L. Aquil.* De hac vero ratione & collectione duo respondemus: primum verum non esse eandem esse rationem legis in extraneis donatoribus & donatariis, quæ in patrono & libertis: deinde ut esset eadem, tamen valde errari, cum quod patrono singulari iure hic tribuitur, transfertur & producitur ad alios casus, quamvis similes. Primum hoc fatemur, communia hæc esse patrono cum extraneo donatore in specie proposita, quod tam extranei donatores, quam patronus donare possunt liberos non habentes, & postea suscipere liberos. Sed hoc dissimile est, quod in donatione patroni donator est patronus, donatarius libertus; in donatione extranei, uterque extraneus, & qui donat, & qui accipit. Non est vero eadem conditio illarum personarum; ne ratio quidem in his eadem, sed longe diversa: non dico aliis in rebus, sed in ea ipsa, de qua agitur.

Extraneus quidem donator liberos non habens si donet, existimari potest hoc animo esse, ut liberis susceptis, si forte suscipiat, redeat donatum, non minus, quam patronus donator; quia ambo sunt patres: proinde paterno, idest, eodem affectu erga liberos. Sed inter donatarios hoc interest, quod libertus a patrono accipiens, videtur eadem lege accipere, qua patronus pro affectu donare intelligebatur: nimirum ut natis postea patrono liberis reddat donata: quod de extraneo donatario dici non potest, atque hic constitit differentiæ ratio manifesta. Ut libertus donatarius videatur eadem mente esse, qua patronus in donatis reddendis, facit conditio personæ duabus de caussis. Primum libertus propter beneficium manumissionis omnem honorem debet patrono; nec tantum patrono, sed eius liberis. *L. si quis a lib. §. utrum D. de agn. lib.* Huic honori convenit, ut patrono desideranti velit libertus præstare omnia, quæ potest sine damno suo, alioqui ingratus futurus. arg. in *L. ingratus, D. de iur. pat.* At desiderante patrono donata ad se redire, potest libertus ea reddere sine damno suo: nihil enim hic de patrimonio suo deminuit, qui accepta reddit. Tum autem præter honorem etiam bona ipsa sua propria debet libertus patrono, cum lex exigit. Nam patronum egentem alere debet de suo: debet & liberos patroni egentes. *d. L. si quis a liberis, §. solent, & §. utrum, de ag. lib.* Item & moriens libertus bona sua relinquere debet patrono certis conditionibus. Etiam intestati bona ad patronum, eiusque liberos certis item conditionibus redeunt. *§. sed nostra, Inst. de suc. lib.* Qui sua propria patrono largiri debet, cum opus est, non mirum, si reddere debet ea, quæ sunt profecta a patrono, cum res postulat, & voluntas patroni: quod fit, cum patronus liberos non habens donavit, & postea liberos suscipit. Nihil simile in donatariis extraneis, qui neque honorem donatori extraneo debent, qualem liberti patrono; & multo minus illi debent bona, quem neque egentem alere necesse habent, neque morientes heredem facere. Perspicuum est igitur non esse in his eandem rationem, quæ ut in liberto suadeat eos donata reddere debere donatori extraneo, quamvis liberis postea a donatore susceptis.

Sed † concedamus eandem rationem 23
esse in omnibus qui donant liberos non habentes, & qui ab his accipiunt; tamen ratio iuris prohibet, quominus quod hic patrono tribuitur, transferatur ad alios, etiam in quibus par videri possit caussa. Certi iuris regula est, quod contra iuris rationem receptum est, non esse producendum ad consequentias. *L. quod vero, D. de*

D. de legib. L. quod contra, D. de reg. iur. c. quæ a iure, ext. de reg. iur. Cuius hæc sententia est, quæ constituta a iure communi recedunt (sic enim explicatur in *d. c. quæ a iure,*) ea non sic esse producenda ad alios casus: ut dicamus, quia proponuntur ii casus, in quibus forte eadem ratio sit, ideo consequens esse, ut in his idem admittatur. At beneficium, quod hic tribuitur patrono, est huius generis, atque adeo bis singulare ius habet, constitutum adversus manifestam rationem & formam iuris communis. Illud primum, quod conceditur revocatio donationis saltem ob id, quod donator postea liberos susceperit: constitutum adversus certas iuris sententias, quibus efficitur, quæ recte ab initio gesta sunt, & præsertim quæ duorum consensu constant, non infirmari ullo eventu invito adversario, quemcumque in casum reciderint, ut supra ostendimus. Et maxime id receptum est in donatione, cum donationi nulla conditio repetendi adiecta est. *L. si repetendi, sup. de cond. ob caus.* Præterea & illud singulare in hoc beneficio, quod placet donatum redire ad donatorem ipso iure: quo continetur, ut & recedat dominium rerum donatarum ab invito donatario sine facto eius, & transeat ad donatorem sine traditione. Utrumque adversus regulas certi iuris: prius adversus *L. id quod nostrum, D. de reg. iur.* posterius adversus *L. traditionibus, supra, de pact.* Quæ cum ita se habeant cum in verbis, tum in ratione ac sententia *L. si unquam:* erepta est, ni fallor, omnibus facultas superiorem sententiam ex ea lege defendendi.

Sequitur alterum argumentum eius sententiæ sumptum ex *L. si totis, sup. de inoff. don.* ubi proponitur pater omnia bona sua contulisse in filios emancipatos, quos iam tum habebat: cumque illi postea nati essent alii filii, vel nepotes: placet donationem revocari, ut qui postea nati sunt, debitum bonorum subsidium, idest, legitimam consequantur. Sed hoc dictum est de inofficiosa donatione quod ad revocationem *L. si unquam*, nihil pertinet. Et ideo illic revocatur donatio, quanvis is, qui donabat, liberos tum habuerit, & revocatur usque ad legitimam dumtaxat. Quorum utrumque in beneficio *L. si unquam* contra fit: nam & hic cessat revocatio, si quis liberos habens donavit; & cum revocationi locus est, revocatur totum, quod donatum est, non pars tantum. Quod eo pertinet: ut si donatio erit inofficiosa, semper revocetur ex ea caussa ad legitimam liberorum. Est autem inofficiosa, quæ nec legitimam patrimonii relinquit liberis: quod fit, cum olim excedebat dodrantem debitæ ab intestato portionis, nunc bessem, aut semissem pro numero liberorum. Hunc modum, inquam, cum donatio excedit, quatenus excedit, revocari potest a liberis: quisquis erit, qui accepit, sive liberius, sive extraneus: nec interest liberos habuerit donator, cum donabat, an non habuerit: ac ne illud quidem, quinam sint liberi, an qui tempore donationis iam nati erant, an qui sunt nati postea. Quod si donatio consistet intra eum modum, eoque inofficiosa non erit, ut iam una sit revocandi caussa in liberis; non revocabitur ex *L. si unquam*, ne propter liberos quidem postea susceptos, si donator erit extraneus, sive is iam ante habuerit liberos, sive tum non habens postea susceperit.

24 Non sunt hæc contraria. Nam † inter revocationem ex hac lege, & revocationem inofficiosæ donationis multum interest in omnes partes, sive caussa revocationis spectetur, sive ipsius revocationis ius & conditio. Caussa revocationis longe dissimilis, eaque dupliciter. Nam ex *L. si unquam*, quanvis non sit inofficiosa donatio: revocatur tamen ob liberos postea susceptos, dum is qui donavit, non habuerit liberos, cum donabat: nec refert, quantam partem bonorum suorum donaverit, magnamne, an minimam. Ex caussa inofficiosæ donationis revocatio nulla est, ut apparet, nisi prius inofficiosam posueris. Item ex *L. si unquam*, ita est revocatio donati ob liberos postea susceptos, si donator tum, cum donabat, liberos non habuerit: quod si habuit, neque propter iam natos revocatur, neque propter eos, qui postea nati sunt. Inofficiosa autem donatio patris ut liberos omnes offendit, eorumque caussa constituta est: ita revocatur propter omnes liberos sive qui iam tum, cum donabatur, nati erant, sive qui postea nati fuerint.

25 Revocationes † autem ipsæ ex his caussis, multo pluribus rebus inter se diffident. Ex *L. si unquam*, donator ipse revocat donationem: inofficiosam donationem patris soli liberi. Ex *L. si unquam*, si donator revocat: nempe revocatur donatio eo vivo, non enim revocat quisquam, nisi vivus. Inofficiosam donationem revocant liberi mortuo tantum patre donatore ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, cui per omnia similis est querela inofficiosæ donationis. *L. ult. sup. de inoff. don.* Ex *L. si unquam*, totum au-

aufertur, quod donatum est. Inofficiose donatum eatenus, quatenus inofficiosa donatio collata sit, in filiumne donatoris, an in extraneum. Nam nec adversus extraneum revocatur latius, sed in hac re liberi & extranei donatarii comparantur in *L. 1. supra, eod.* Postremo ex *L. si unquam*, revocatur donatio ipso iure: idest, ita, ut statim post liberos susceptos donata redeant ad donatorem. Inofficiosa donatio non item donata adiicit liberis; sed duntaxat proposita querela ad exemplum querelæ inofficiosi *L. 2. L. cum donationib. L. pen. & ult. sup. de inoffic. donat.* Huic autem renuntiare possunt: possunt & decedere ante, quam querelam moveant: quibus casibus non transmittitur querela ad heredes, eoque nec revocatio donationis, de quibus dicendum est alias pluribus. Quæ cum tam multa, tamque dissimilia insint in his revocationibus, & quidem ex iure certo: si qui sunt, qui eas comparent, ut quod de una dicitur, transferant ad alteram, hi comparant inter se res dissimillimas, & manifesti iuris imperitia labuntur.

26 Quæret † ergo aliquis, unde sit dissimilitudo istarum rerum, quæ unam caussam communem habere videntur, nempe donatoris liberos. Differentiæ ratio hæc est, quod qui donat liberos non habens, hac mente est, ut sibi consulat, idest, ut sibi donatum reddatur, si postea liberos susceperit. Hanc cogitationem si lex confirmat, ut fit in patrono donatore, consulit lex donatori, non liberis: nisi quatenus per patrem donatorem etiam ad ipsos eædem res rediturae sint. Ideo solum hic quod utile sit, & conveniat donatoris voluntati, considerandum fuit. Illud autem in primis exigendum, ut tunc donaverit, cum liberos non haberet: quo scilicet intelligatur, si haberet, daturum non fuisset: eoque & his susceptis donatum nolle. Inofficiosa autem donatio quæ sciente patre fraudat liberos legitima portione, fit & manet etiam secundum voluntatem patris, ac soli liberi hic iniuria afficiuntur. Quocirca non fuit hic revocatio donatori danda, qui sibi consultum noluit, sed fuit consulendum liberis fraudatis, & consulendum, quatenus sunt fraudati, nec dissimiliter, quam si testamento illis quarta relicta non esset.

Tertium argumentum vulgaris sententiæ, & quo maxime ductus videtur Accursius ad *L. si unquam* (nam hanc rationem solam reddit, ut eandem revocationem tribueret extraneo donatori, quæ illic tribuitur patrono) est illa ratio, qua usus est Iustinianus in testatore, in *L. cum acutissimi, in fin. supr. de fideic.* non videri scilicet testatorem alienas successiones propriis anteponere. Ex ea enim colligitur id, quod responsum est a Papiniano in *L. cum avus, D. de cond. & dem.* & confirmatum ac productum longius in *d. L. cum acutissimi*, si testator filio suo herede instituto, rogaverit eum, ut post mortem suam restitueret hereditatem extraneo: videri fideicommissum relictum sub conditione, si filius sine liberis decesserit, ac liberis postea natis deficere fideicommissum. Hinc effici volunt, & si quis quid inter vivos donaverit extraneo, eadem ista ratione videri eum velle donatum manere hac conditione, si liberos non susceperit: proinde his natis postea donationem revocari. Sed vitiose admodum id colligitur. Primum, quia superior ratio & sententia pertinet ad successionem & hereditatem defuncti; ad legata ab eo relicta revocanda non pertinet. Tum autem, ut pertineret etiam ad legata, & supremas omnes voluntates; tamen ad donationes transferri non debet, nec potest. Ad successionem & hereditatem a defuncto ipso relictam fateor pertinere, sitque hoc modo. Nam si testator liberos non habens instituat extraneum heredem postumo præterito; deinde liberis postea natis decedat: testamento, quod ad successionem attinet, evanescente liberi sunt heredes scripto herede excluso. *auth. ex caussa, supra, de lib. prat. vel exh* Idemque est, si testator existimans filium mortuum, quem habebat, extraneum heredem instituerit, deinde exsistat filius, qui vindicet hereditatem, *d. L. ult. D. de her. instit.*

At † hoc non item pertinet ad legata 27
a testatore relicta. Nam si testator liberos non habens, legata aut fideicommissa reliquerit vel testamento, vel codicillis, quamvis postea nati sint illi liberi: non eo tamen magis legata revocantur, sed debentur ab heredibus legitimis, etiam rescisso propter liberos testamento, *d. auth. ex caussa, d. L. ult. de her. inst. L. ab intestato. D. de iur. cod.* Neque offendemur superiore illa sententia, non videri testatorem alienas successiones suis anteponere. Non enim hic in successione defuncti anteponuntur extranei & alieni liberis, sed liberi omnibus: cum & hic defuncti patris sint successores, exclusis scriptis, iisque alienis heredibus. Quod si ob liberos a testatore susceptos non revocantur legata ante ab eo relicta, nec quominus id dicamus, superiore ratione impedimur: multo minus ob eandem istam rationem revoca-

Digitized by Google

vocabitur donatio liberis a donatore postea susceptis: cum ut ante dixi, legata sola voluntate testatoris constent; donatio duorum consensu: & ut non nisi horum consensu perfici potest, sic nec nisi utriusque consensu resolvi. *L. sicut, sup. de obl. & act.* Sed amplius dicimus, etsi maxime ex superiore ratione & hereditates & legata a testatore relicta revocarentur liberis postea natis testatori: tamen non recte transfertur hoc ius ad donationes inter vivos factas. Quamquam enim qui donat inter vivos, eodem animo est, quo testator: ut scilicet velit, si sibi nascantur liberi postea, donatum ad se redire; non est hoc tamen satis ad revocationem: exigitur amplius & in testatore, & in donatore, ut quod voluit, etiam potuerit iure: idest, ut in eo quod voluit, rata sit iure eius voluntas. Atqui hoc testatori concessum est; donatori nequaquam: qui quisque legaslit rei suæ, ita ius esse iubetur legibus. *L. verbis, D. de verb. sig.* unde ut legata valent sola voluntate testatoris: ita & sola eius voluntate licet tacita revocantur. *L. 3. §. ult. L. 4. D. de adim. leg.* Non eadem potestas est donatoris in revocandis donationibus. Non perficitur quidem donatio ab initio, nisi voluntate eius. At semel perfecta non potest ab eo ex pœnitentia revocari, ut ante ostendimus: *L. cum ancillam, L. si repetendi, sup. de cond. ob caus. L. 5. L. 6. sup. de revoc. don.* quippe quæ ut modo dixi, perfecta sit duorum consensu: quo fit, ut non possit, nisi utrinsque consensu ab ea recedi, *d. L. sicut, sup. de obl. & act. L. ab emptione, D. de pact.* Una exceptio communis hæc est; nisi quis donaverit ob caussam, & caussa secuta non sit. Sed hanc nominatim adiici oportet, quam si quis apud se cogitat, & sequi vult, neque aperte in donando adiiciet: placet nihil ei prodesse; & quanvis nihil eiusmodi secutum fuerit, quale sperabat: nihilominus manere integram donationem, ut iam diximus diserte scriptum esse in *L. si repetendi, sup. de cond. ob caus.* Nihil igitur superior illa ratio *L. cum acutissimi*, ad rem pertinet, si de legatis a testatore relictis propter liberos postea et natos revocandis agitur: multoque minus, si agitur de donationibus propter liberos a testatore susceptos revocandis. Et vero nec de institutione ipsa testatoris, qua heredem sibi instituat, quæque revocetur liberis postea illi natis, species illic proponitur: ut nihil relinquatur ex eo loco, quod pertineat ad donationem ab eo, qui donavit, revocandam propter liberos ab ipso postea susceptos.

Plane sic potest revocationi & legatorum & donationis locus esse, si in his ea concurrant, de quibus in fideicommisso restituendæ hereditatis comprehensum est in dicta *L. cum acutissimi, de fideicom. & L. cum avus, D. de cond. & dem.*

In † legatis quidem hoc modo: si proponas testatorem quid legasse filio, & rogasse eum, ut post mortem id restitueret Titio. Tum enim recte dixerimus in fideicommisso, quod hic datur Titio, inesse conditionem tacitam, si filius, qui rogatus est restituere, decesserit sine liberis: itaque nullis liberis relictis deberi fideicommissum: his relictis fideicommissum nec datum videri, sed transire ad filii liberos. Coniectura voluntatis non obscura ex eo, quod filium rogando ut tantum post mortem suam legatum restituat, perspicuum sit, voluisse eum legatum non aliter a filio recedere, & transire ad extraneum, quam si filius esse desiisset. Atqui is in filiis perpetuo vivere intelligitur, & certum est eos filios, qui testatori sunt nepotes, non minus imo magis avo dilectos & charos fuisse, *L. liberorum, D. de verb. sig.* 28

Quare qui voluit legatum perpetuo apud filium manere, is utique voluit manere & apud filios eius suos nepotes, ut sic videatur semper mansisse apud filium in eius liberis; & maxime, si res in contentionem veniat cum extraneo, ut quærendum sit, qui in legato avi præferendi sint, nepotesne defuncti, an extraneus. In qua contentione semper vincet ratio, non videri avum alienos successores suis liberis prætulisse, iuxta rationem *d. L. acutissimi.* Extraneo si leget testator, & roget eum post mortem suam restituere Titio: nihil caussæ dici potest, cui post mortem legatarii fideicommissum non debeatur, etiamsi ille decesserit relictis liberis: quia non minus hi liberi testatori extranei sunt, quam Titius: ut nihil sit in his, cur propter eos velit testator legatum ademptum Titio, & ad istos potius transire. Sed etsi filio legans pater, roget eum legatum restituere Titio statim, aut post certum tempus: quanvis liberos suscipiat postea, & habeat die fideicommissi cedente: Papiniani & Iustiniani sententia est, eum cogi omni modo restituere, qui de eo filio tantum loquuntur, qui iussus est post mortem suam restituere hereditatem. *d. L. cum avus, de cond. & dem. d. L. cum acutissimi, supr. de fideicom.* Idque ratione ipsa Iustiniani efficitur: non enim dicendus est pater in ea restitutione videri alienum suo successori antepofuisse, cum filium in eo

sive

sive legato, sive hereditate perpetuo successorem esse noluit, translata ad alium hereditate, aut legato per fideicommissum. Quod si illa concurrent, ut & filio legatum sit datum, & idem rogatus restituere post mortem suam: tum recte defendemus idem probandum esse, quod ante diximus, id ipsum quod iuris esse dicitur in supra scriptis locis, cum filius heres institutus est, & rogatus post mortem suam
29 restituere hereditatem. Quo † exemplo idem ius & in donatione inter vivos admittere possumus, ut si pater inter vivos filio emancipato quid donaverit ea lege, ut id post mortem suam restitueret Titio: tum filio decedente sine liberis, sit Titio utilis actio ad petendum donatum, ut esse in hac specie placet in *L. quoties, sup. de don. quæ sub mod.* sin decedat filius relictis liberis, nihil debeatur Titio, sed donatum apud liberos filii donatarii maneat: eadem illa ratione videlicet, ut qui filium suum id donatum perpetuo habere, dum vixit, voluit, velit etiam eum habere in filiis suis, si quos post se relinquet, in quorum persona, & ipse vivere intelligitur, præsertim cum & hi filii sint donatori liberi: charitas autem avi in nepotes suadeat ita existimare, avum magis consultum voluisse nepotibus suis, quam extraneo: confirmaturque coniectura ex eo, quod prius eodem isto animo fuit in filium in hac ipsa donatione, neque vero plus dilexit filium, quam nepotes. Sed recte hæc dicuntur in donatione futura, & pendente, quæ filio mortuo donatum adimens collata est in extraneum, qualis est ea, quam modo proposuimus. Hæc quia nondum perfecta est, sed pendet, donec filius vivit, voluntate donatoris impediri potest, ne impleatur, & ad hoc solius eius voluntas sufficit, neque consensum Titii exigimus. Quæ enim duorum consensu geruntur, non perficiuntur, nisi consensus utriusque concurrat. *L. in omnibus, D. de obl. & act.* At ubi donator ipse vivus donavit, & perfecit donationem, quæ species est, de qua agimus: sciamus nihil prodesse donatori cogitationem & voluntatem de revocanda donatione, si liberos postea susceperit. Nisi hanc conditionem adiecerit, donatio perfecta est: perfecta non potest revocari invito adversario. *d. L. si repetendi, supr. de cond. ob caus.* Hactenus ergo constat nihil adferri ex iure civili, quo vulgaris superior sententia, vel
30 tenuiter defendi possit. Sed † huius iuris defensione erepta, moveri possunt piæ mentes saltem sententia illa superiore Augustini, de qua etiam quarto loco nonnihil dicendum est. Scribit ille, ut supra retulimus, liberis in specie proposita postea natis donatarium non cogi reddere donata iure fori, idest, iure publico & legibus, at cogi reddere iure poli. Opinor, polum dici id, quod scriptura sacra vocat regnum cœlorum, quo verbo intelligitur nonnunquam aut Ecclesia, in qua Deus regnat, aut doctrina cœlestis, per quam Deus regnat in Ecclesia, sic accipitur aliquoties *Matth.* 13. Itaque hæc sententia erit Augustini: re donata ab eo, qui liberos non habebat, si is postea susceperit liberos, cogi donatarium iure divino & mandato Dei donata reddere. Omnes autem mandato Dei parere debent. Et quod Augustinus dicit, hæc in proposito non necesse esse reddi iure publico, recte dicit: idque inde nobis liquet, quia probatur manifestis sententiis iuris civilis, & in primis *L. si unquam:* quæ beneficium singulare patrono tribuens cæteros donatores excludit. Quod autem dicit iure divino cogi donatarium reddere, recte fecisset, si addidisset probationem ex verbo Dei.

Sed † tamen defendi potest. Augusti- 31
num etiam in hac re recte dicere; sed in persona Ecclesiæ, de qua loquitur, ut constat ex toto illo *c. ult.* 17. *quæst.* 4. ubi refertur illius sententia: & magis ex *sermone* 52. *ad populum Hipponensem*, unde illud fragmentum transsumptum est. Longe alia est persona Ecclesiæ, quæ donatum accipit, alia privatorum. Licet privatis etiam ex verbo Dei sua tueri, & quod recte acceptum sit, ubi nulla sit conditio reddendi iure cognita, id retinere. Non idem licet Ecclesiæ in rebus ab eo acceptis, qui liberos non habens donavit, ac postea liberos suscepit. Nam ecclesia est mater omnium nostrum; quæ etiam de suo debet egentes alere, ut est officium parentum. Multo magis igitur si quid donatum acceperit Ecclesia ab eo, qui liberos non habebat, cui nati sunt postea liberi: id debebit reddere, ut inde filii alantur; sed & eo magis, quod parentum bona quodammodo sunt filiorum. *L. ult. D. de bon. dam.* quibus proinde ea reddi æquum & honestum videtur. Loquitur igitur Augustinus de iure proprio Ecclesiæ, quod ad privatos donatores non pertinet. Idque cum ex aliis plerisque eius sententiis intelligi potest, quæ sunt in eo sermone, quem dixi; tum maxime ex his duabus. Primum, si pater filio suo iustis de caussis exheredato, instituerit extraneum heredem: nemo, opinor, non fatebitur licere huic privato, etiam ex verbo

Dei.

Digitized by Google

Dei retinere eam hereditatem, quæ meritis de caussis indigno filio ablata est. At si idem exheredato filio fecerit heredem Ecclesiam, negat eo loco Augustinus Ecclesiam suscipere debere hereditatem, ut & refertur in *dict. c. ul.* 17. *q.* 4. Idem in eodem sermone scribit ad hanc sententiam: si qui compilarint navem, aut in caussa fuerint, ut periret navis, & naufragium faceret: eos magister navis fluctibus eiectus traderet magistratui, ut de submersione navis quæreretur, & torquerentur a iudice, qui essent de fluctibus liberati. *Sed non eos daremus*, inquit: *nullo enim pacto hoc facere deceret Ecclesiam*. Apparet igitur loqui Augustinum de eo, quod decet, valetque ad bonam famam, decet tamen Ecclesiam, non etiam convenit personæ cuiusque privati. Quibus ita constitutis tam quæ ad confirmationem veræ sententiæ valent, quam quæ pertinent ad confutationem contrariæ; non dubitabimus statuere in summa id, quod supra disseruimus pluribus; nullo iure civili, aut Pontificio donationem inter vivos nulla addita caussa donandi recte perfectam, revocari ideo, quod donator, eum liberos non habens donasset, liberos postea susceperit: præterquam in patrono donatore, cuius hoc proprium beneficium est, illis conditionibus, quas dixi, ex *L. si unquam, de revoc. don.*

FINIS.

Digitized by Google

005646268